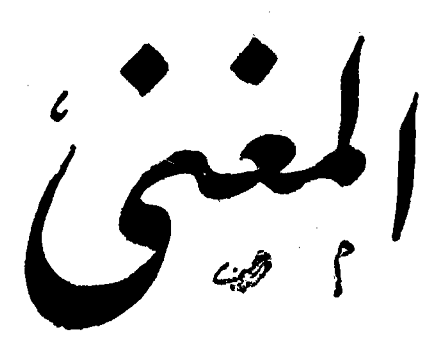


المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفي سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفي سنة ٣٣٤هـ

ويليه



الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم



الجزء التاسع

(تنبيه) وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها مفصولا بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي
للنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللعان

قال رحمه الله تعالى

وهو مشتق من اللعن لان كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة ان كان كاذبا ، وقال القاضي سمي بذلك لان الزوجين لاينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والابعاد. والاصل فيه قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآيات ، وروى سهل بن سعد الساعدي أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ « قد أنزل

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب اللعان

قيل هو مشتق من اللعن لان كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة إن كان كاذباً .

وقال القاضي سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذباً فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والابعاد ، والاصل فيه قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآيات .

وروى سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ « قد أنزل الله عز وجل فيك وفي صاحبتك فاذهب فائت بها » قال سهل فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا

الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فائت بها » قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها. فطلقها ثلاثا بحضرة[1] رسول الله ﷺ متفق عليه ، وروى ابو داود باسناده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جاء هلال بن امية وهو احد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال يارسول الله اني جئت أهلي فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ماجاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم) الآيتين كلتيهما فسري عن رسول الله ﷺ فقال « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا » قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى فقال رسول الله ﷺ « ارسلوا اليها » فأرسلوا اليها فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لاعنوا بينهما » فقيل لهلال اشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل ياهلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فقال والله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات

(١) في نسخة قبل ان يأمره رسول الله (ص)

قال عويمر : كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها. فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ متفق عليه . وروى أبو داود باسناده عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية ـ وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم ـ فجاء من أرضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرأى بعينيه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله ﷺ ما حدثه واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم) الآيتين كلتيهما فسري عن رسول الله ﷺ فقال « ابشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً » قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى ، فقال رسول الله ﷺ « ارسلوا اليها » فأرسلوا اليها فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال : والله لقد صدقت عليها . فقالت كذب . فقال رسول الله ﷺ « لاعنوا بينهما » فقيل لهلال اشهد فقال اشهد بالله فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل : ياهلال اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال والله لا يعذبني الله عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم قيل لها : اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب

بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قلت والله لأفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال «ان جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وان جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به» فجاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فقال رسول الله ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » قال عكرمة فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب ، ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لينفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي صلى الله عليه وسلم « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا »

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (واذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة فقال لها زنيت أو يازانية أو رأيتك تزنين ولم يأت بالبينة لزمه الحد إن لم يلتعن مسلما كان أو كافراً حراً كان أو عبداً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول :

(أحدها) في صفة الزوجين الذين يصح اللعان بينهما وقد اختلفت الرواية فيهما فروي أنه

فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال «إن جاءت به أصيهب أريضخ أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به » فجاءت به جعداً أورق جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله ﷺ « لولا الأيمان لكان لي ولها شأن » قال عكرمة فكان بعد ذلك أميراً على مصر وما يدعى لأب . ولان الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفي العار والنسب الفاسد وتتعذر عليه البينة فجعل اللعان بينة له ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبي ﷺ « أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً »

﴿مسئلة﴾ (إذا قذف الرجل زوجته بالزنا فله إسقاط الحد عنه باللعان)

وجملة ذلك ان الرجل إذا قذف زوجته المحصنة بالزنا وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته إلا ان يأتي ببينة أو يلاعن ، فان لم يأت باربعة شهداء وامتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجب اللعان دون الحد فان أبي حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال (والذين

يصح من كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق . قال أحمد في رواية ابن منصور جميع الازواج يلتعنون الحر من الحرة والامة اذا كانت زوجة ، وكذلك العبد من الحرة والامة اذا كانت زوجة ، وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان الا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف وروي هذا عن الزهري والثوري والاوزاعي وحماد وأصحاب الرأي ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ، وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب الحد ولا يلاعن وروي فيه حديث لا يثبت. كذلك قال الشافعي والساجي. لأن اللعان شهادة بدليل قوله سبحانه (ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) فاستثنى أنفسهم من الشهداء وقال تعالى (فشهادة أحدهم أربع شهادات) فلا يقبل ممن ليس من أهل الشهادة ، وان كانت المرأة ممن لا يحد بقذفها لم يجب اللعان لانه يراد لاسقاط الحد بدليل قوله تعالى (ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله) ولا حد ههنا فينتفي اللعان لانتفائه

وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد بقذفها وهي الامة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لاسقاط القذف والتعزير لان الحد لا يجب واللعان انما يشرع لاسقاط حد أو نفي ولد فاذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان

يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا انفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه) الايات فلم يوجب بقذف الازواج إلا اللعان

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون) وهذا عام في الزوج وغيره وانما خص الزوج بان أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه ويدل عليه قول النبي ﷺ لهلال بن امية «البينة والاحد في ظهرك» وقوله له للملاعن «عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة» ولانه قاذف فلزمه الحد كما لو اكذب نفسه فلزمه إذا لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي

﴿مسئلة﴾ (وصفة اللعان ان يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير اليها)

ولا يحتاج مع الحضور والاشارة إلى تسمية ونسب كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود ، وان لم تكن حاضرة أسماها حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة وان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا . ثم تقول هي أشهد بالله ان زوجي هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه ان كان حاضراً وان كان غائبا اسمته ونسبته فاذا كملت أربع مرات تقول في الخامسة وأن غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لقول

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ، ولان اللعان يمين فلا يفتقر الى ماشرطوه كسائر الايمان . ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن» وأنه يفتقر الى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والانثى

وأما تسميته شهادة فلقوله في يمينه أشهد بالله فسمي ذلك شهادة وان كان يميناً كما قال الله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله) ولان الزوج يحتاج الى نفي الولد فيشرع له طريقاً الى نفيه كما لو كانت امرأته ممن يحد بقذفها. وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة ، وما يخالفها شاذ في النقل

وأما قول الخرقي : واذا قذف زوجته البالغة الحرة المسلمة . فيحتمل انه شرط هذا لوجوب الحد عليه لا لنفي اللعان . ويحتمل أن يكون هذا شرطاً عنده في المرأة لتكون ممن يجب عليه الحد بقذفها فينفيه باللعان ولا يشترط في الزوج شيء من ذلك لان الحد يجب عليه بقذف المحصنة وان كان ذمياً أو فاسقاً ، فأما قوله مسلماً كان أو كافراً . ففيه نظر لانه أوجب عليه بقذف زوجته المسلمة والكافر لا يكون زوجا لمسلمة فيحتاج الى تأويل لفظه بحمله على أحد شيئين (أحدهما) انه أراد أن الزوج يلاعن زوجته وان كان كافراً فرد ذلك الى اللعان لا الى الحد (الثاني) انه أراد ما اذا أسلمت زوجته فقذفها في عدتها ثم أسلم الزوج فانه يلاعن

الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآيات ولما ذكرنا من حديث عويمر العجلاني وحديث هلال بن امية في أول الباب

﴿مسئلة﴾ (فان نقص أحدهما من الالفاظ الخمسة شيئاً أو بدأت باللعان قبله أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه لم يعتد به)

وجملة ذلك أنه يشترط في صحة اللعان شروط ستة (أحدها) استكمال اللفظات الخمسة فان نقص منها لفظة لم يصح لان الله تعالى علق الحكم عليها فلا يثبت بدونها ولانها بينة فلم يجز النقص من عددها كالشهادة (الثاني) ان يأتي كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فان بادر قبل ان يلقيه الامام عليه أو نائبه لم يصح كما لو حلف قبل ان يحلفه الحاكم (الثالث) أن يبدأ الزوج باللعان فان بدأت المرأة به قبله لم يعتد به لانه خلاف ماورد به الشرع وكذلك ان قدم الرجل اللعنة على شيء من الالفاظ الاربعة أو قدمت المرأة الغضب ، ولان لعان الرجل بينة الاثبات ولعان المرأة بينة الانكار فلم يجز تقديم الانكار على الاثبات (الرابع) ان يكون بحضرة الحاكم أو نائبه لانه يمين في دعوى فاعتبر فيه أمر الحاكم كسائر الدعاوى (الخامس) ان يشير كل واحد منهما الى صاحبه وان كان حاضراً أو يسميه أو ينسبه ان كان غائبا ولا يشترط حضورهما معا بل لو كان أحدهما غائبا عن صاحبه قبل ، وان لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعذر جاز

(فصل) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها في انه يلاعنها. قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي بظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فان كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق لانها فرقة منه . كذلك قال الحسن وسعيد بن جبير وقتادة ومالك. وفيه رواية أخرى لاصداق لها لان الفرقة حصلت بلعانهما جميعاً فأشبه الفرقة لعيب في أحدهما

(فصل) فان كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا تصح من غير المكلف كسائر الايمان . ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما . فان كان الزوج فله حالان (أحدهما) أن يكون طفلا (والثاني) أن يكون بالغاً زائل العقل فان كان طفلا لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لان القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر وان أتت امرأته بولد نظرنا فان كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه لان العلم يحيط به بأنه ليس منه فان الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفي عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها

وان كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر لا يلحق به الا بعد البلوغ أيضاً لان الولد لا يخلق الا

﴿ مسألة ﴾ (وان أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالابعاد أو الغضب بالسخط فعلى وجهين)

وهذا الشرط السادس وهو ان يأتي بالالفاظ على صورة ما ورد في الشرع فان أبدل لفظا منها فظاهر كلام الخرقي أنه يجوز ان يبدل قوله من الصادقين بقوله لقد زنت لان معناهما واحد ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن، وان أبدل لفظ أشهد بلفظ من الفاظ اليمين فقال أقسم أو أحلف لم يعتد به وفيه وجه آخر أنه يعتد به ذكره أبو الخطاب لانه أتى بالمعنى فأشبه مالو أبدل إني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا. قال شيخنا والصحيح أن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق ولان اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التغليظ فلم يجز بدله، ولهذا لم يجز أن يقدم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد ، وفيه وجه آخر أنه يعتد به لانه أتى بالمعنى أشبه ما قبله، فان أبدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجز لان لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في انفس الناس ولانه عدل عن المنصوص ، وفيه وجه آخر أنه لايجوز لان معناهما واحد ، وان ابدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لان الغضب أغلظ ولهذا اختصت المرأة به لان اثمها أعظم والمعرة بزناها أقبح ، وان ابدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظ اللعنة بالابعاد، وان ابدل الرجل لفظ اللعنة بالغضب

من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ . وقال ابن حامد يلحق به . قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد وهذا مذهب الشافعي لان الولد يلحق بالامكان وان خالف الظاهر ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وان كان خلاف الظاهر وكذلك يلحق به اذا أتت به لأربع سنين مع ندرته . وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ فله نفي الولد واستلحاقه . فان قيل فاذا ألحقتم به الولد فقد حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا الحاق لولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لايثبت الا بسبب ظاهر ولان الحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك . فان قيل فان لم يكن بالغاً انتفى عنه الولد وان كان بالغاً انتفى عنه اللعان . قلنا الا انه لايجوز أن يبتديء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها

(الثاني) اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لان القلم عنه مرفوع أيضا وان أتت امرأته بولد فنسبه لاحق به لامكانه ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه وان ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه وأنكرت ذلك ولأحدهما بينة بما قال ثبت قوله وان لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر الصحة والسلامة وان عرفت له حالة جنون ولم تعرف له حالة افاقة فالقول قوله مع يمينه، وان عرفت له حالة جنون وحالة افاقة ففيه وجهان (أحدهما) القول قولها قال القاضي هذا قياس قول

احتمل ان يجوز لانه أبلغ واحتمل ان لايجوز لمخالفة المنصوص، قال الوزير يحيي بن محمد بن هبيرة: من الفقهاء من اشترط ان يراد بقوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج اليه لان الله سبحانه أنزل ذلك فبينه ولم يذكر هذا الاشتراط

﴿مسئلة﴾ (ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها فان عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه)

إذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز ان يلتعنا بغيرها لان اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية فلم يصح بغيرها كأذكار الصلاة، وان لم يحسنها بالعربية لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه ولا يلزمه التعلم لانه موضع حاجة كما قلنا في النكاح وهو أصح ان شاء الله تعالى، فان كان الحاكم يحسن لسانهما اجزأ ذلك، ويستحب ان يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما وان كان الحاكم لايحسن فلا بد من ترجمان، قال القاضي ولا يجزىء في الترجمة أقل من عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي وفيه رواية أخرى أنه يجزىء قول عدل واحد ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وسنذكر ذلك في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وإذا فهمت اشارة الاخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا)

وجملة ذلك ان الاخرس والخرساء إذا كانا غير معلومي الاشارة والكتابة لم يصح لعانهما لانه

أصحابنا في الملفوف اذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتاً ، وقال الولي كان حياً ، (والوجه الثاني) أن القول قوله لان الاصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ولان الحد يسقط بالشبهة ولا يشبه هذا الملفوف لان الملفوف قد علم أنه كان حيا ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره في مسئلتنا أنه يعرف له حالة افاقة ولا يعلم منه ضدها وفي مسئلتنا قد تقدم له حالة جنون فيجوز ان تكون قد استمرت الى حين قذفه وأما ان كانت الزوجة غير مكافئة فقذفها الزوج نظرنا فان كانت طفلة لا يجامع مثلها فلا حد على قاذفها لانه قول يتيقن كذبه فيه وبراءة عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الدنيا زناة ولكنه يعزر للسبب لا للقذف فلا يحتاج في التعزير الى مطالبة لانه مشروع لتأديبه وللامام فعله اذا رأى ذلك فان كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فاذا بلغت فطالبت فلها الحد وله اسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لان اللعان يراد لاسقاط الحد أو نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه فان أتت بولد حكم ببلوغها لان الحمل أحد أسباب البلوغ ولانه لا يكون الا من نطفتها فمن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها وان قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه الى حال افاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل افاقتها لان هذا طريقه التشفي فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فاذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج اسقاطه باللعان فان أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن

لا يتصور منها لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة وان كانا معلومي الاشارة والكتابة فقد قال أحمد إذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لانه لا تعلم مطالبتها وحكاه ابن المنذر عنه وعن أبي عبيد وإسحاق وأصحاب الرأي فكذلك ينبغي ان يكون في الاخرس وذلك لان اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ولان الحد يدرأ بالشبهات والاشارة ليست صريحة كالنطق ولا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته

وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه وهو مذهب الشافعي لانه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ويفارق الشهادة فانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة اليه فيها وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق ، قال شيخنا والاول أحسن لان موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشهادة ، ومقصود اللعان الاصلي نفي النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته قولهم إن الشهادة تحصل من غيره قلنا قد لا تحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود عليه أو سماعه إياه

(فصل) فان قذف الاخرس ولاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر ولا يقبل انكاره له ويقبل انكاره للعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه

له ذلك لعدم الحاجة اليه لانه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه وان كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لان الولد إنما ينتفي باللعان من الزوجين وهذه لا يصح منها لعان ، وقد نص أحمد في الخرساء ان زوجها لا يلاعن فهذه أولى وقال الخرقي في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لانها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولان لعان الزوج وحده لا ينتفي به الولد فلا فائدة في مشروعيته ، وقال القاضي له أن يلاعن لنفي الولد لانه محتاج الى نفيه فشرع له طريق الى نفيه . وقال الشافعي له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) ولانه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كما لو كانت عاقلة

(فصل) فأما الاخرس والخرساء فان كانا غير معلومي الاشارة والكتابة فهما كالمجنونين فيما ذكرناه لانه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة ،وان كانا معلومي الاشارة والكتابة فقد قال أحمد اذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لانه لا تعلم مطالبتها ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وكذلك ينبغي أن يكون في الاخرس وذلك لان اللعان لفظ يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ، ولان الحد يدرأ بالشبهات والشهادة لنسبه صريحة كالنطق فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي

النسب ولا تعود الزوجية فان قال أنا ألاعن لسقوط الحد ونفي النسب كان له ذلك لانه إنما لزمه باقراره أنه لم يلاعن فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

(مسئلة) (وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالاشارة ؟ على وجهين

(أحدهما) يصح لانه مأيوس من نطقه أشبه الاخرس (والثاني) لا يصح لانه ليس باخرس فلم يكتف باشارته كغير المأيوس ذكر هذين الوجهين أبو الخطاب ، وذكر شيخنا فيما إذا قذف وهو ناطق ثم خرس وايس من نطقه أن حكمه حكم الاخرس الاصلي فان رجي عود نطقه انتظر به ذلك ويرجع فيه إلى قول عدلين من أطباء المسلمين ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وذكر أنه يلاعن في الحالين بالاشارة لان أمامة بنت أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت ان نعم فرأو أنها وصية ، قال شيخنا وهذا لا حجة فيه لانه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك الخرس يرجى زواله أولا ؟

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (والسنة أن يتلاعنا قياما بمحضر جماعة في الاوقات والاماكن المعظمة)

وجملة ذلك أنه يسن في اللعان أمور (أحدها) أن يتلاعنا قياما فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم فاذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة فانه يروى أن النبي ﷺ قال لهلال بن أمية « قم فاشهد أربع شهادات » ولانه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته وفي حديث ابن عباس فقام هلال فشهد

بشهادته ، وقال القاضي وأبو الخطاب هو كالناطق في قذفه ولعانه وهو مذهب الشافعي لأنه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ، ويفارق الشهادة لانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الاخرس ، وفي اللعان لايحصل الا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق والاول أحسن لان موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشبهة ، ومقصود اللعان الاصلي نفي النسب وهو يثبت بالامكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ماينفيه ، ولا مايوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته ، وقولهم ان الشهادة تحصل من غيره قلنا قد لا تحصل الا منه لاختصاصه برؤية المشهود له أو اسماعه اياه

(فصل) فان قذف الاخرس او لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره له ويقبل انكاره اللعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولاتعود الزوجية فانقال أنا ألاعن للحد ونفي النسب كان له ذلك لانه انما لزمه باقراره أنه لم يلاعن فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

(فصل) فان قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه فحكمه حكم الاصلي ، وان رجي عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ذلك ويرجع في معرفة ذلك الى قول عدلين من أطباء المسلمين وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالاشارة لان امامة بنت

ثم قامت فشهدت (الثاني) أن يكون بمحضر جماعة من المسلمين لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروا مع حداثة أسنانهم فدل على أنه حضر جمع كثير لان الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعا للرجال ولان اللعان بني على التغليظ مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لان بينة الزنا التي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس ينبغي من هذا واجباً وبهذا كله قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (الثالث) أن يكون في الاوقات والاماكن المعظمة وهذا قول أبي الخطاب وهو مذهب الشافعي إلا أن عنده في التغليظ بالمكان قولين (أحدهما) أن التغليظ به مستحب كالزمان (والثاني) أنه واجب لان النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ومعنى التغليظ بالمكان بمكة بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها ، وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) أجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر وقال أبو الخطاب في موضع آخر بين الاذانين لان الدعاء بينهما لا يرد ، وقال القاضي لا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان ، وبهذا قال أبو حنيفة لان الله تعالى أطلق الامر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان ولا يجوز تقييده الا بدليل ، ولان النبي ﷺ أمر رجلا باحضار امرأته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل ولو استحب ما ذكروه لفعله النبي ﷺ ولو فعله لنقل ولم يسع

أبي العاص أصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا؟ فأشارت أن نعم فرأوا أنها وصية وهذا لاحجة فيه لانه لم يذكر من الراوي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أو لا ؟ وقال ابو الخطاب فيمن اعتقل لسانه وأيس من نطقه هل يصح لعانه بالاشارة ؟ على وجهين

(فصل) وكل موضع لالعان فيه فالنسب لاحق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير الاأن يكون القاذف صبياً او مجنونا فلاضرب فيه ولا لعان كذلك قال الثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم

(الفصل الثاني) أنه لالعان بين غير الزوجين فاذا قذف أجنبية محصنة حد ولم يلاعن ، وان لم تكن محصنة عزر ولا لعان أيضاً ولاخلاف في هذا ، وذلك لان الله تعالى قال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله (والذين يرمون أزواجهم) ففيما عداهن يبقي على قضية العموم ، وان ملك أمة ثم قذفها فلا لعان سواء كانت فراشاله أو لم تكن ولاحد عليه بقذفها ويعذر فان أتت بولد نظرنا فان لم يعترف بوطئها لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه وان اعترف بوطئها صارت فراشا له واذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه وبهذا قال مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً له حتى يقر بولدها فاذا أقر به

تركه واهماله ولان النبي ﷺ انما دل حديثه في لعان أوس أنه انما كان في صدر النهار لقوله في الحديث فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ والغدو في أول النهار، وهذا اختيار شيخنا وأما قولهم إن النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة وان ثبت هذا فلعله كان بحكم الاتفاق لان مجلسه كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه ، فان كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الايمان وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهم في المواضع التي يعظمونها اليهودي في البيعة،والنصراني في الكنيسة، والمجوسي في بيت النار، وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها أحلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان وان كانت المرأة المسلمة حائضاً وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لان ذلك أقرب المواضع اليه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا بلغ كل واحدة منها الخامسة أمر الحاكم رجلا فأمسك يده على في الرجل وامرأة تضع يدها على في المرأة ثم يعظه فيقول اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الاخرة) لما روي ابن عباس في حديث المتلاعنين ، قال فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه ، وقال ويحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعا بها فشهدت بذلك أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ثم

صارت فراشا له ولحقه أولادها بعد ذلك لانها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً باباحته كالزوجة .

ولنا أن سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ «هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر» متفق عليه وروى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه قال مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لاتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك اواتركوا ولان الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فاذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشا كالنكاح ولان المرأة انما سميت فراشاً تجوزا اما لمضاجعته لها على الفراش وأما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الامرين يحصل في الجماع وقياسهم الوطء على الملك لايصح لان الملك لايتعلق به تحريم المصاهرة ولايحصل منه الولد بدون الوطء ويفارق النكاح فانه لايراد للوطء ويتعلق به تحريم المصاهرة ولاينعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه اذا ثبت هذا فان أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وان ادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف عنه بذلك لما روى جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره ان تحمل فقال «اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ماقدر لها» قال فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد

ثم أمر بها فامسك على فيها فوعظها ، وقال ويلك كل شيء أهون عليك من غضب الله أخرجه الجوزجاني

(مسئلة) (وان يكون ذلك بحضرة الحاكم أو نائبه)

قد ذكرنا من شروط صحة اللعان أن يكون بحضرة الحاكم أو نائبه .

وهذا مذهب الشافعي لان النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته اليه ولاعن بينهما ولانه اما يمين واما شهادة وأيهما كان فمن شرطه الحاكم فان تراضى الزوجان بغير الحاكم فلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز لغير الحاكم كالحد

وقد حكى شيخنا في آخر كتاب القضاء في كتابه المشروح : إذا تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما أنه ينفذ حكمه في اللعان في ظاهر كلام أحمد ولذلك حكاه أبو الخطاب وقيل لاينفذ إلا في المال فيكون فيه روايتان (احداهما) لا ينفذ لما ذكرنا . (والثانية) ينفذ قياساً على حاكم الامام وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقي . وقال أصحاب الشافعي للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته لان له إقامة الحد عليهما

ولنا أنه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين ولا يسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة ثم لا يشبه اللعان الحد لان الحد زجر وتأديب ، واللعان إما شهادة وإما يمين ، فافترقا ، ولان اللعان درأ للحد وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو نفيه

حملت قال «قد أخبرتك أنه سيأتيها ماقدر لها» رواه أبو داود ، وروي عن أبي سعيد أنه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق الي يعني ابنه ولحديث عمر الذي ذكرناه ولانه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الاحكام . وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به وان أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشاً لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولانه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء اذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل فهمنا أولى ، وروي عن أحمد أنها تصير فراشاً لانه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

واذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لان من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لعموم قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق بخلاف العدة ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لانه لم يرض به فأشبه ولد المرأة

ولنا قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فخص بذلك الازواج ولانه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطىء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولان له طريقاً الى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج الى نفيه باللعان فلا يشرع ولانه اذا وطئ أمته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل أن يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالامكان فكيف

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما)

فيبعث نائبه ويبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما وإن بعث نائبه وحده جاز لان الجمع غير واجب كما يبعث من يستحلفها في الحقوق.

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قذف رجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجزئه لعان واحد)

إنما لزمه لكل واحدة لعان لانه قذفها فلزمه لها لعان مفرد كما لو لم يقذف غيرها ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فان طالبن جميعاً أو تشاححن بدأ باحداهن بالقرعة ، وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح

وعنه يجزئه لعان واحد لان القذف واحد فيقول أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء من الزنا وتقول كل واحدة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لانه يحصل المقصود بذلك والاول أصح لان اللعان أيمان فلا يتداخل لجماعة كالايمان في الديون

وعنه ان كان القذف بكلمة واحدة أجزأ لعان واحد ، لانه قذف واحد نخرج عن عهدته بلعان واحد كما لو قذف واحدة وإن قذفهن بكلمات أفرد كل واحدة بلعان لانه أفرد كل واحدة بقذف أشبه مالو قذف كل واحدة بعد لعان الاخرى

مع ظهور وجود سببه ؟ ولو ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معاً لانه لايمكن جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب الحاقهما به معاً ، وكذلك ان أتت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين فاعترف بأحدهما ونفى الآخر

(فصل) واذا نكح امرأة نكاحا فاسداً ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحاً ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لاحاجة الى القذف لكونها أجنبية ويفارق سائر الاجنبيات لانه لايلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن ويفارق الزوجة فانه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه فاذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما واذا لاعن سقط الحد لانه لعان مشروع لنفي الحد فأسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وهل يثبت التحريم المؤبد؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبته لانه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة

(والثاني) لايثبته لان الفرقة لم تحصل به فانه لانكاح بينهما يحصل قطعه به بخلاف لعان

(فصل) قال الشيخ رحمه الله **(ولا يصح إلا بشروط ثلاثة)**

(أحدها) أن يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو رقيقين أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك في احدى الروايتين . اختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي أنه يصح بين كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو رقيقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق . قال أحمد في رواية اسحاق بن منصور جميع الازواج يلتعنون الحر من الحرة والامة إذا كانت زوجة وكذلك العبد من الحرة والامة إذا كانت زوجة وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان إلا بين زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف فان اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما لفوات الشرط ، روي هذا عن الزهري والثوري والاوزاعي وحماد وأصحاب الرأي ، وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان ، وعن عطاء والنخعي في المحدود في القذف يضرب في الحد ولا يلاعن ، وروي فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعي والساجي لان اللعان شهادة بدليل قوله تعالى (ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) فاستثنى أنفسهم من الشهداء وقال (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) فلا تقبل ممن ليس من أهل الشهادة وإن كانت المرأة ممن لا تحد بقذفها لم يجب اللعان لانه يراد لاسقاط الحد بدليل قوله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد

الزوجة لأن الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لانه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لان النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه مالو لاعن أجنبية يظنها زوجته

(فصل) فلو أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه الى حال الزوجية فهي كالمسئلة قبلها ان كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان والا حد ولم يلاعن وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن وهو قول عطاء ووجه المذهبين ماتقدم في التي قبلها ، وقال عثمان البتي له أن يلاعن وان لم يكن بينهما ولد ، وروي عن ابن عباس والحسن أنه يلاعنها لانه قذف مضاف الى حال الزوجية أشبه مالو كانت زوجته

ولنا أنه اذا كان بينهما ولد فيه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته ، واذا لم يكن له ولد فلا حاجة به اليه وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه مالو لم يضفه الى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لان من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة

أربع شهادات بالله) فلا حد ههنا فينتفي اللعان بانتفائه وذكر القاضي في المجرد ان من لا يجب الحد لقذفها وهي الامة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها لاسقاط حد القذف والتعزير لان الحد لا يجب واللعان انما يشرع لاسقاط حد أو نفي ولد فاذا لم يكن واحد منها لم يشرع اللعان

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولان اللعان يمين فلا يفتقر إلى ماشرطوه كسائر الايمان ودليل أنه يمين قول النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والانثى وأما تسميته شهادة فلقوله أشهد بالله فسمي ذلك شهادة وان كان يميناً كما قال تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله) ولان الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقا إلى نفيه كما لوكانت امرأته ممن تحد بقذفها وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل

(فصل) ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها في أنه يلاعنها قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الامصار منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعي وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وذلك لظاهر قول الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) فان كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق وعنه لاشيء لها وقد ذكر ذلك في كتاب الصداق والله أعلم

(والثاني) ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقي لان الولد عنده لاينتفي في حال الحمل ، ولان اللعان انما يثبت ههنا لاجل الولد فلم يجز أن يلاعن الا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة فانه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد

(فصل) اذا اشترى زوجته الامة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به ولم ينتف عنه الا بدعوى الاستبراء لانه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فصار كالزوج الثاني يلحق به الولد وان أمكن أن يكون من الاول ، وان لم يكن أقر بوطئها أو أقر به فأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطيء كان ملحقاً بالنكاح ان أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد؟ على وجهين

(فصل) اذا قذف مطالقته الرجعية فله لعانها سواء كان بينهما ولد أو لم يكن ، قال أبو طالب سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال : قال ابن عباس لايلاعن ويجلد ، وقال ابن عمر يلاعن مادامت في العدة قال وقول ابن عمر أجود لانها زوجته وهو يرثها وترثه فهو يلاعن وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن عمر لان الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها

(فصل) وان قذف زوجته ثم أبانها فله لعانها نص عليه أحمد سواء كان له ولد أو لم يكن روي

﴿مسئلة﴾ (وان قذف أجنبية ثم تزوجها حد ولم يلاعن)

لانه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها وكذلك ان قال لها وهي زوجته زنيت قبل ان انكحك حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي وقال الحسن وزرارة بن أوفى وأصحاب الراي له ان يلاعن لانه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم)ولانه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ماقبل النكاح وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية كذلك وقال الشافعي ان لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد ففيه وجهان

ولنا أنه قذفها بزنا مضافا إلى حال البينونة أشبه مالو قذفها وهي بائن، وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخانته، وان كان بينهما ولد فهو محتاج الى نفيه وههنا اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه ، فاما ان قذفها ولم يتزوجها فعليه للمحصنة الحد والتعزير لغيرها ولا لعان، ولا خلاف في هذا لان الله تعالى قال (والذين يرمون المحصنات) الآية خص الزوجات من عموم هذه الاية بقوله سبحانه (والذين يرمون ازواجهم) فيبقى فيما عداه على قضية العموم، وان ملك أمة وقذفها فلا لعان سواء كانت فراشا له أو لم تكن ولا حد عليه ويعزر

ذلك عن ابن عباس وبه قال الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحارث العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم يجلد . وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي : لا حد ولا لعان ، لان اللعان انما يكون بين الزوجين وليس هذان بزوجين ، ولا يحد لانه لم يقذف أجنبية

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية واذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولانه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو كانا على النكاح الى حالة اللعان

(فصل) وان قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده أو قالت قذفني بعد ما بانت منه وقال بل قبله فالقول قوله لان القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته . وان قالت أجنبية قذفني فقال كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لان الاصل عدمها

(فصل) ولو قذف أجنبية ثم تزوجها فعليه الحد ولا يلاعن لانه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها . وان قذفها بعد تزوجها بزنا أضافه الى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك وأبي ثور . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي . وقال الحسن وزرارة بن أبي أوفى وأصحاب الرأي : له أن يلاعن لانه قذف امرأته فيدخل في

(فصل) فان قال لامرأته أنت طالق ثلاثا يازانية فنقل مهنا قال سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يازانية ثلاثا فقال يلاعن قلت فانهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة فقال بئس ما يقولون فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية ، فأما ان قال أنت طالق ثلاثا يازانية فان كان بينهما ولد فانه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لانه يتبين اضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كانه قال لها بعد ابانتها زنيت اذ كنت زوجتي على ما نذكره

(مسئلة) (وان أبان زوجته ثم قذفها بزنا اضافه الى حال الزوجية فان كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفيه باللعان والا حد ولم يلاعن)

وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن وهو قول عطاء لانها أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد .

ولنا أن هذا ولد يلحقه نسبه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح باقيا ، ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لا حاجة الى القذف لكونها أجنبية وتفارق سائر الاجنبيات فانه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به الى قذفهن ، وقال عثمان البتي في هذه المسئلة له أن يلاعن وان لم يكن بينهما ولد وروي عن ابن عباس والحسن لانه قذف مضاف الى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته

ولنا انه اذا كان بينهما ولد فبه حاجة الى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته واذا لم يكن له

عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه قذف امرأته فأشبه مالو قذفها ولم يضفه الى ماقبل النكاح ، وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك . وقال الشافعي ان لم يكن ثم ولد لم يلاعن وان كان بينهما ولد ففيه وجهان

ولنا انه قذفها قذفا مضافا الى حال البينونة أشبه مالو قذفها وهي بائن ، وفارق قذف الزوجة لانه محتاج اليه لانها غاظته وخانته . وان كان بينهما ولد فهو محتاج الى نفيه وههنا اذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا فلا يشرع له طريق الى نفيه

(فصل) ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا يا زانية فنقل مهنا قال سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يازانية ثلاثا فقال يلاعن . قلت انهم يقولون يحد ولا يلزمها الا واحدة . قال : بئس مايقولون فهذا يلاعن لانه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه قذف الرجعية

وأما في المسئلة الاولى فان كان بينهما ولد فانه يلاعن لنفيه والا حد ولم يلاعن لانه يتعين اضافة القذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه له فصار كأنه قال لها بعد ابانتها : زنيت اذ كنت زوجتي على ماقررناه

(الفصل الثالث) ان كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زنيت أو رأيتك تزنين سواء كان القاذف أعمى أو بصيراً نص عليه أحمد وبهذا قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور

ولد فلا حاجة به اليه وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه مالو لم يضفه الى حال الزوجية ، ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد ، وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان ، وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لان من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة (والثاني) ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقي ، لان الولد عنده لا ينتفي في حال الحمل ، ولان اللعان ههنا انما يثبت لاجل الولد فلم يجز أن يلاعن الا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة فانه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد

(مسئلة) (وان قذفها في نكاح فاسد فهي كالمسئلة التي قبلها ان كان بينهما ولد فله لعانها و نفيه وان لم يكن بينهما ولد حد ولا لعان بينهما)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لانها أجنبية أشبهت سائر الاجنبيات أو اذا لم يكن بينهما ولد

ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح ، ويفارق اذا لم يكن ولد فانه لاحاجة الى القذف لكونها أجنبية ، ويفارق الزوجة فانه يحتاج الى قذفها مع عدم الولد لكونها خائنة وأفسدت فراشه فاذا كان له ولد فالحاجة موجودة فيهما.

وهو قول عطاء . وقال يحيى الانصاري وأبو الزناد ومالك لا يكون اللعان الا بأحد أمرين : اما رؤية واما انكار للحمل لان آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت باذني فلا يثبت اللعان الا في مثله

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية. وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية ولان اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والاخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله ، وسمعت بأذني وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة لايثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناه على أصله في أن ذلك لايجب به الحد

ولنا أنه رام لزوجته بوطء في فرجها فأشبه مالو قذفها بالوطء في قبلها وأما ان قذفها بالوطء دون الفرج أو بشيء من الفواحش غير الزنا فلا حد عليه ولا لعان لانه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان كما لو قذفها بضرب الناس واذاهم

(الفصل الرابع) أنه اذا قذف زوجته المحصنة وجب عليه الحد وحكم بفسقه ورد شهادته الا أن يأتي ببينة أو يلاعن فان لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك

ومتى لاعن سقط الحد لانه لعان مشروع لنفي الولد فاسقط الحد كاللعان في النكاح الصحيح وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان (أحدهما) يثبت لانه لعان صحيح أشبه لعان الزوجة (والثاني) لا يثبت لان الفرقة لم تحصل به فانه لانكاح بينهما يثبت قطعه به بخلاف لعان الزوجة فان الفرقة حصلت به ولو لاعنها من غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لانه لعان فاسد فلم تثبت أحكامه وسواء اعتقد ان النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لان النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح فأشبه ما لو لاعن اجنبية يظنها زوجته

﴿مسئلة﴾ (وان أبان امراته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد اولم يكن نص عليه)

وروي ذلك عن الحسن والقاسم بن محمد ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وابي ثور وابن المنذر وقال الحارث العكلي وجابر بن زيد وقتادة والحكم يجلد وقال حماد بن أبي سليمان وأصحاب الرأي لاحد عليه ولا لعان لان اللعان انما يكون بين زوجين وليس هذان بزوجين ولا يحد لانه لم يقذف أجنبية .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وهذا قد رمى زوجته فيدخل في عموم الآية واذا لم يلاعن وجب الحد لعموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولانه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو بقيا على النكاح الى حالة اللعان .

والشافعي ، وقال أبو حنيفة يجب اللعان دون الحد فان أبى حبس حتى يلاعن لان الله تعالى قال (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات) الآيات فلم يوجب بقذف الازواج الا اللعان

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وهذا عام في الزوج وغيره ، وانما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه ، وأيضاً قول النبي ﷺ « البينة و لا حد في ظهرك » وقوله لملاعن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ولانه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه فلزمه اذ لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي ، فأما ان قذف غيرها كالكتابية والامة والمجنونة والطفلة فانه يجب عليه التعزير بذلك لانه أدخل عليهن المعرة بالقذف ولا يحد لهن حداً كاملا لنقصانهن بذلك ، ولا يتعلق به فسق ولا رد شهادة لانه لا يوجب الحد ، قال القاضي وليس له اسقاط هذا التعزير باللعان لان اللعان اما لنفي النسب أو لدرء الحد وليس ههنا واحد منهما ، وقال الشافعي له اسقاطه باللعان لانه اذا ملك اسقاط الحد الكامل باللعان فاسقاط مادونه أولى ، وللقاضي أن يقول لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره مشروعيته لدفع مايقل ضرره كما لو قذف طفلة لا يتصور وطؤها فانه يعزر تعزير السب والاذى وليس له اسقاطه باللعان كذا ههنا

(فصل) فان قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده أو قالت قذفني بعد ما بنت منه وقال بل قبله فالقول قوله لان القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته . وان قالت أجنبية قذفتني قال كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لان الاصل عدمها

(فصل) اذا استبرأ زوجته الامة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كان لاحقاً به الا ان يدعي الاستبراء فينتفي عنه لانه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فكان كالزوج الثاني يلحق به الولد وان أمكن أن يكون من الاول ، وان لم يكن اقر بوطئها أو أقر به واتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطىء كان ملحقاً بالنكاح ان أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد؟ على وجهين

(فصل) وان قذف زوجته الرجعية صح لعانها سواء كان بينهما ولد اولم يكن قال أبو طالب سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال : قال ابن عباس لا يلاعن ويجلد وقال ابن عمر يلاعن ما كانت في العدة قال وقول ابن عمر اجود لانها زوجة وهو يرثها وترثه فهو يلاعن وبهذا قال جابر بن زيد والنخعي والزهري وقتادة والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي لان الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها

(فصل) وكل موضع قلنا لا لعان فيه فالنسب لا حق فيه ويجب بالقذف موجبه من الحد

واما ان كان لاحد هؤلاء ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه وهذا قول الشافعي وهو ظاهر كلام احمد في الامة والكتابية سواء كان لها ولد او لم يكن ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

﴿مسألة﴾ قال (ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته)

يعني لا يتعرض له باقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك فان ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها . وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة أو محجوراً عليها ولا لولي الصغيرة وسيد الامة المطالبة بالتعزير من اجلها لان هذا حق ثبت للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص، فان أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فان لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فانه لا يشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً الا بعض أصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لازالة الفراش ، والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لان ازالة الفراش تمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان من أجله ، وانما حصل ذلك ضمنا

والتعزير الا ان يكون القاذف صبياً أو مجنوناً فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك ، وبه قال الثوري والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر قال ولا احفظ عن غيرهم خلافهم

﴿مسألة﴾ (فان قذف زوجته صغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما)

وجملة ذلك ان الزوج اذا قذف امرأته واحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق او يمين فلا يصح من غير مكلف كسائر الايمان ولا يخلو غير المكلف من ان يكون الزوج او الزوجة او هما . فان كان الزوج فله حالان (احدهما) ان يكون طفلا (والثاني) ان يكون بالغا زائل العقل فان كان طفلا لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لان القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر وان اتت امرأته بولد وكان له دون عشر سنين لم يلحقه نسبه وكان منفياً عنه لان العلم يحيط بانه ليس منه فان الله عز وجل لم يجر العادة بأن يكون له ولد بدون ذلك فينتفي عنه كما لو اتت به المرأة لدون ستة اشهر منذ تزوجها وان كان ابن عشر فصاعدا فقال ابو بكر لا يلحق به الا بعد البلوغ ايضاً لان الولد لا يخلق الا من ماء الرجل والمرأة ولو انزل لبلغ وقال ابن حامد يلحق به . قال القاضي وهو ظاهر كلام احمد وهو مذهب الشافعي لان الولد يلحق بالامكان وان خالف الظاهر ولهذا لو اتت بولد لستة اشهر من حين العقد لحق بالزوج وان كان خلاف الظاهر وكذلك يلحق به اذا اتت به لاربع سنين مع ندرته ، وليس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه باحد اسباب البلوغ فله نفي الولد او استلحاقه؛ فان قيل فاذا الحقتم به الولد فقد

فأما ان كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي له أن يلاعن لنفيه وهذا مذهب الشافعي لان هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي ﷺ فأخبره أرسل اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولانه محتاج الى نفيه فشرع له طريق اليه كالو طالبته، ولان نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أصحاب الرأي لانه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد

(فصل) واذا قذفها ثم مات قبل لعانهما أو قبل اتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع لان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه. وان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك وقال الشافعي: تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد الا أن تلتعن

ولنا انه مات قبل اكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل اكمال التعانه وذلك لان الشرع انما رتب هذه الاحكام على اللعان التام والحكم لا يثبت قبل كمال سببه. وان ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم. وروي عن ابن عباس ان التعن لم يرث ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها

ولنا انها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فانه يقطع الزوجية على اننا قد ذكرنا انه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية أيضاً فههنا أولى. فان قيل أليس قد قلتم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه

حكمتم ببلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه؟ قلنا الحاق الولد يكفي فيه الامكان والبلوغ لا يثبت الا بسبب ظاهر ولان الحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك؛ فان قيل فان لم يكن بالغا انتفى عنه الولد وان كان بالغاً انتفى عنه اللعان قلنا الا انه لا يجوز ان يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها.

(الثاني) اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لان القلم عنه مرفوع أيضاً، وان اتت امرأته بولد فنسبه لاحق به لامكانه ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله فاذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه، وان ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه فأنكرت ذلك ولاحدهما بينة بما قال ثبت قوله وان لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حال علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لان الاصل والظاهر السلامة والصحة، وان عرفت له حال جنون ولم تعرف له حال افاقة فالقول قوله مع يمينه، وان عرفت له حال جنون وحالة افاقة ففيه وجهان (أحدهما) القول قولها قاله القاضي وهو قياس قول أصحابنا في الملفوف اذا ضربه فقده ثم ادعى أنه كان ميتا وقال الولي كان حيا

(الوجه الثاني) أن القول قوله لان الاصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ولان الحد يسقط بالشبهة ولا يشبه هذا الملفوف لان الملفوف قد علم أنه كان حيا ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره

فى ذلك الزوجة؟ قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ماذكرنا ثم الفرق بينهما انه اذا نفى الولد تبينا انه لم يكن منه أصلا في حال من الاحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وانما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق . واذا ماتت قبله فقد ماتت قبل وجود مايزيله فيكون موجودا حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى وان أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن

وقال الشافعي : ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن وهذا ينبني على أصل وهو ان اللعان انما يكون بين الزوجين فان لعان الرجل وحده لايثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك ، فأما ان كانت طالبت بالحد في حياتها فان أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فان طولب به فله اسقاطه باللعان . ذكره القاضي والا فلا لانه لاحاجة اليه مع عدم الطلب فانه لاحد عليه . وقال أصحاب الشافعي : ان كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه والا فلا لعدم الحاجة اليه

(فصل) واذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد سقط ولم يكن لورثته الطلب به . وقال أصحاب الشافعي يورث وان لم يكن طالب به لقول النبي ﷺ « من ترك حقاً فلورثته » ولانه حق ثبت له في الحياة يورث اذا طالب به فيورث وان لم يطالب به كحق القصاص

في مسئلتنا أنه يعرف له حالة افاقة ولا يعلم منه ضدها ، وفي مسئلتنا قد تقدمت له حالة جنون فيجوز أن يكون قد استمرت الى حين قذفه

فان كانت الزوجة غير مكلفة فقذفها الزوج فان كانت طفلة لايجامع مثلها فلا حد على قاذفها لانه قول يتيقن كذبه فيه وبراءة عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال أهل الدنيا زناة ولكنه يعزر للسب لا للقذف ولا يحتاج في التعزير الى مطالبة لانه مشروع لتأديبه للامام فعله اذا رأى ذلك فان كانت يجامع مثلها كابنة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فاذا بلغت فطالبت فلها الحد وله اسقاطه باللعان ، وليس له لعانها قبل البلوغ لان اللعان يراد لاسقاط الحد او نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه ، وان أتت بولد حكم ببلوغها لان الحمل أحد أسباب البلوغ ولانه لايكون الا من نطفتها ومن ضرورته انزالها وهو من أسباب بلوغها فان قذف امرأته المجنونة بزنا وأضافه الى حال افاقتها او قذفها وهي عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل افاقتها لان هذا طريقه التشفي فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فاذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج اسقاطه باللعان ، وان أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة اليه لانه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه ، وان كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لايلاعن ويلحقه الولد لان الولد انما ينتفي باللعان من الزوجين وهذه لايصح

ولنا انه حد تعتبر فيه المطالبة فاذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة . والحديث يدل على ان الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك . وأما حق القصاص فانه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل الى المال بخلاف مانحن فيه . فأما ان طالب به ثم مات فانه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم لانه حق يثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وان عفى بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لانه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط باسقاط البعض لانه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص لان ذلك يفوت الى بدل ولو اسقطناه ههنا لسقط حق غير العافي الى غير بدل فعلى هذا لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة ولها أحد من عصباتها غيره فله استيفاؤه وان كان زوجها عصبتها وليس لها أحد سواه سقط وان كان لها من عصبتها غيره فله الطلب به ولا يسقط بما ذكرنا من أنه يكمل لكل واحد بخلاف القصاص

(فصل) واذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين اقامة البينة لانهما بينتان فكانت له الخيرة في اقامة أيتهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولان كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالاخرى فانه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة

منها لعان ، وقد نص احمد في الخرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه اولى ، وقال الخرقي في العاقلة لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لانها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولان لعان الزوج وحده لا ينفى به الولد فلا فائدة في مشروعيته ، وقال القاضي له أن يلاعن لنفي الولد لانه محتاج الى نفيه فيشرع له طريق اليه ، وقال الشافعي له أن يلاعن ، وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولانه زوج مكلف قاذف لامرأته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كالعاقلة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الشرط الثاني)أن يقذفها بالزنا فيقول زنيت او يازانية اورأيتك تزنين وسواء قذفها بزنا في القبل او في الدبر لان كل قذف يجب به الحد ، وسواء في ذلك الاعمى والبصير نص عليه احمد ، وبهذا قال الثوري والشافعي وابو ثور وهو قول عطاء وقال يحيى الانصاري وابو الزناد ومالك لا يكون اللعان الا بأحد أمرين اما رؤية واما انكار الحمل لان آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت باذني فلا يثبت اللعان الا في مثله

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية وهذا رام لزوجته فيدخل في عموم الآية ولان اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجته كالبينة والاخذ بعموم

ويحصل بالبينة ثبوت زناها واقامة الحد عليها ولايحصل باللعان فان لاعنها ونفى ولدها ثم أراد اقامة البينة فله ذلك فاذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة وان أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فانه لايلزم من الزنا كون الولد منه وان اراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذاك لان الحد قد انتفى عنه باقامة البينة فلا حاجة اليه وان كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(فصل) وان قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لانه ثبت تصديقها اياه ولم يجب عليها الحد لان الحد لايجب الا بالاقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين؟قال أبو بكر فيه قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين كسائر الاقارير واختاره (والثاني) لايثبت لانه لايثبت به المقر به فلايثبت به الاقرار به كرجل وامرأتين وان لم تكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة لان ذلك قريب فان أتى بالبينة والا حد الا أن يلاعن اذا كان زوجا فان قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذفان وكذلك ان اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لانه لاتنافي بينهما الا ان يكونا مؤرخين تاريخا واحداً فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته

اللفظ اولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله وسمعت باذني اذا ثبت ذلك فسواء قذفها بزنا في القبل او في الدبر وبهذا قال الشافعي ، وقال ابوحنيفة لايثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناه على اصله في ان ذلك لايجب به الحد

ولنا انه رام زوجته بوطء في فرجها فأشبه مالو قذفها بالوطء في قبلها

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال وطئت بشبهة او مكرهة فلا لعان بينهما) .

لانه لم يقذفها بما يوجب الحد وعنه ان كان ثم ولد لاعن لنفيه والا فلا لانه محتاج الى نفيه

﴿مسئلة﴾ (وان قال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

لان هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال ان يريد انه من زوج آخر او من وطء شبهة او غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنيت فولدت هذا من الزنا هذا قذف يثبت به اللعان ، وان قال اردت انه لايشبهني خلقا ولا خلقا فقالت بل اردت قذفي فالقول قوله لانه اعلم بمراده لاسيما وقد صرح بقوله لم تزن فان قال وطئت بشبهة والولد من الواطيء فلا حد عليه ايضا لانه لم يقذفها ولا قذف واطئها وان قال اكرهت على الزنا فلا حد عليه لانه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع لعدم القذف الذي هو من شرط اللعان ويلحقه نسب الولد وبهذا قال ابو حنيفة وذكر القاضي انه اذا قال اكرهت رواية اخرى ان له اللعان لانه محتاج الى نفي الولد بخلاف ما اذا قال وطئت بشبهة فانه يمكنه نفي الولد

(فصل) فان شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفنا لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لاتقبل على عدوه فان أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك القذف لم تقبل لانها ردت لتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ولو انهما ادعيا عليه أنه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لانهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فان أضافا دعواهما الى ماقبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما أنه كان عدوا لهما حين شهدا عليه وان لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لانه لايحكم عليه بشهادة عدوين وان كانا بعد الحكم لم يبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق وان شهدا أنه قذف امرأته وامنا لم تقبل شهادتهما لانها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد للكل وان شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لان لعانه لها ينبني على معرفته بزناها لاعلى الشهادة عليه بما لايعترف به وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعاً وهو توفيره على أمهما (والثاني) تقبل لانهما لا يجران الى انفسهما نفعاً

(فصل) ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر انه أقر بذلك بالعجمية تمت الشهادة

بعرضه على القافة فيستغني بذلك عن اللعان فلايشرع كما لايشرع لعان امته لما امكن نفي ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان اللعان انما ورد به الشرع بعد القذف بقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية ولما لاعن النبي ﷺ بين هلال وامراته وبين عويمر العجلاني وامرأته انما كان بعد قذفه اياها ولا يثبت الحكم الا في مثله ، ولان نفي اللعان انما ينتفي به الولد بعد تمامه منهما ولايتحقق اللعان من المراة ههنا فأما ان قال وطئك فلان بشبهة وانت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها وقال القاضي ليس له نفيه باللعان وكذلك قال اصحاب الشافعي لانه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك ايضا

ولنا انه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها كما لو قال زنى بك فلان وما ذكروه لايصح فانه قد لايوجد قافة ، وقد لايعترف الرجل بما نسب اليه اويغيب او يموت فلا ينتفي الولد ، وان قال ما ولدته وانما التقطته او استعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المراة الا ببينة وهذا قول الشافعي وابي ثور واصحاب الراي لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها ، والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضي وكذلك لا تقبل دعواها في الولادة

لان الاختلاف في العربية والعجمية عائد الى الاقرار دون القذف ويجوز ان يكون القذف واحداً والاقرار به في مرتين ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر انه أقر بذالك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه ، وان شهد أحدهما انه قذفها بالعربية وشهد الآخر انه قذفها بالعجمية أوشهد احدهما انه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر انه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما انه أقر انه قذفها بالعربية أو بالعجمية أو شهد أحدهما انه اقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه اقر انه قذفها بالعجمية اويوم الجمعة اويوم الخميس وشهد الآخر انه قذفها يوم الجمعة ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة وهو قول أبي بكر ومذهب ابي حنيفة لان الوقت ليس ذكره شرطا في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية

(والآخر) لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الاقرار بالقذف فانه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين

﴿ مسألة ﴾ قال (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما لم يجتمعا أبداً)

في هذه المسألة مسألتان (احداهما) أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل الا بلعانهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما؟ فيه روايتان

فيما إذا عاق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيه لتنقضي عدتها بها فعلى هذا لا يلحقه الولد إلا ان تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له فاذا ثبتت ولادتها لحقه نسبه لانه ولد على فراشه والولد للفراش وذكر القاضي في موضع آخر ان القول قول المرأة لقول الله تعالى (ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في ارحامهن) وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه لانه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولانه حكم معلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض فعلى هذا يلحقه النسب وهل له نفيه باللعان فيه وجهان (أحدهما) له نفيه لان انكاره لولادتها اياه إقرار بانها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره كذلك لانه تكذيب لنفسه (والثاني) له نفيه لانه رام ازوجته ونافٍ لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره

﴿مسألة﴾ (وان قال ذلك بعد ان ابانها فشهدت امرأة مرضية انه ولد على فراشه لحقه نسبه لان شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لانها مما لا يطلع عليها الرجال)

﴿ مسألة ﴾ (وان ولدت توأمين فاقر باحدهما ونفي الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفي الحد عنه وقال القاضي يحد)

(احداهما) أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول اصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال : كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ وهذا يقتضي امكان امساكها وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه امساكها ، ولان سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لم تقع الا بحكم الحاكم كفرقة العنة

(والرواية الثانية) تحصل الفرقة بمجرد لعانهما وهي اختيار أبي بكر وقول مالك وأبي عبيد وأبي ثور وداود وزفر وابن المنذر ، وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً . رواه سعيد ولانه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ، ولان الفرقة لو لم تحصل الا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق اذا كرهاه كالتفريق للعيب والاعسار ، ولوجب أن الحاكم اذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمراً ، وقول النبي ﷺ « لاسبيل لك عليها » يدل على هذا وتفريقه بينهما بمعنى اعلامه لهما بحصول الفرقة وعلى كلتا الروايتين لاتحصل الفرقة قبل تمام اللعان منهما

وقال الشافعي رحمه الله تعالى : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لانها فرقة

إذا ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به لان الحمل الواحد لايجوز ان يكون بعضه منه وبعضه من غيره فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ولم يجعل ما اقر به تابعا لما نفاه لان النسب يحتاط لاثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه فعلى هذا ان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله اسقاطه باللعان وحكي عن القاضي أنه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لانه باستلحاقه اعترف بكونه في قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك ووجه الاول أنه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لايلزم من وجود الزنا كون الولد منه ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد فان استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لانه لو نفاه للحقه فاذا سكت عنه كان أولى ولان امرأته متى أتت بولد لحقه مالم ينفه عنه باللعان وان نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعاً فان قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لانه قد نفى أخاه وهما حمل واحد؟ قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان وان لم يثبت الوطء ولا ينتفي لامكان النفي فافترقا . فان أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لاقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الاول لان اللعان يتناول الاول وحده ولايحتاج في نفي الثاني إلى لعان ثان ويحتمل أنه ينتفي بنفيه من غير حاجة إلى لعان ثان لانهما حمل واحد وقد

حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق ولا نعلم أحداً وافق الشافعي على هذا القول وحكي عن البتي أنه لايتعلق باللعان فرقة لما روي أن العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لايصح لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد وأخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين ، وقال عمر المتلاعنان يفرق بينهما ثم لايجتمعان أبداً

وأما القول الآخر فلا يصح لان الشرع انما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما ، وانما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان لفظ اللعان لايقتضي فرقة فانه اما ايمان على زناها أو شهادة بذلك ، ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم يحصل التفريق وانما ورد الشرع به بعد لعانهما فلا يجوز تعليقه على بعضه كما لم يجز تعليقه على بعض لعان الزوج ولانه فسخ ثبت بايمان مختلفين فلم يثبت بيمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ، ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب او العتق ، وقول الزوج اختاري وأمرك بيدك أو وهبتك لأهلك أو لنفسك وأشباه ذلك كثيراذا ثبت هذا فان قلنا ان الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل الا بعد اكمال اللعان منهما ، وان قلنا لاتحصل الا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما

لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان ذكره القاضي فان اقر بالثاني لحقه هو والاول لما ذكرناه وان سكت عن نفيه لحقاه أيضاً فاما ان نفى الولد باللعان ثم ولد آخر بعد ستة أشهر فهو من حمل آخر فانه لايجوز ان يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل واو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي بغير اللعان لانه حمل منفرد وان استلحقه أو ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان لانه يمكن ان يكون قد وطئها بعد وضع الاول وان لاعنها قبل وضع الاول فأتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج الى نفيه

(فصل) فان مات أحد التوأمين أوماتا معافله ان يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحي ولا يلاعن لنفي الحدلان الميت لايصح نفيه باللعان فان نسبه قد انقطع بموته ولا حاجة الى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فانه لايلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لانهما حمل واحد

ولنا ان الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه واسقاط مؤنته كالحي وكما لوكان للميت ولد

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (الثالث) ان تكذبه الزوجة ويستمر ذلك الى انقضاء اللعان لان الملاعنة انما تنتظم من الزوجين واذا لم تكذبه لم تلاعنه فلا يصح اللعان فان صدقته أو سكتت

الا بعد كمال لعانهما فان فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا وجوده كعدمه وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي لاتقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه ، وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن اذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحدمنهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة ، وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لان من أتى بالثلاث فقد أتى بالا كثر فيتعلق الحكم به

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لاقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولانها ايمان مشروعة لايجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فاذا حكم لم يصح حكمه كايمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولان الشرع انما ورد بالتفرق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الاسباب وماذكروه تحكم لادليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما اذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين اذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة اذا قال من سبق الى خمس اصابات فسبق الى ثلاثة وبسائر الاسباب فاما اذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما ، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما فألحق الولد بالمرأة ، وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال شهدت رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين أخرجها سعيد ، ومتى قلنا ان الفرقة لاتحصل الا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح باق بحاله لان مايبطل النكاح لم يوجد فأشبه مالو لم يلاعن

لحقه النسب لان الولد للفراش وانما ينتفي عنه باللعان ولم يوجد اللعان لانتفاء شرطه فنفي النسب لاحق به ولا لعان في قياس المذهب ثم ان كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لان اللعان كالبينة انما تقام مع الانكار فان كان بعد لعانه لم تلاعن هي لانها لاتحلف مع الاقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له ان يلاعن إلا ان يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه وان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على ان النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد لان الحد يجب باقرار مرة وهذه الاصول تذكر في مواضعها ان شاء الله تعالى ولو أقرت اربعا وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينتفي وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له ان يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها اياه فان أراد لعانها لنفي نسب فليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو ظاهر قول الخرقي وقول أصحاب الرأي وقال الشافعي له لعانها لنفي النسب فيها كلها لانها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفي ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلان يملك نفي ولدها أولى ووجه الاول ان نفي الولد انما يكون بلعانهما معا وقد تعذر اللعان منها لانها لا تستحلف على نفي ما تقر به فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان

(فصل) وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة هي طلاق لانها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقا كالفرقة بقوله أنت طالق

ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ، ولان اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ماينفسخ به النكاح ولانه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

(فصل) وذكر بعض أهل العلم أن الفرقة انما حصلت باللعان لان لعنة الله وغضبه قد وقع باحدهما لتلاعنهما فان النبي ﷺ قال عند الخامسة « انها الموجبة » أي انها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لايجوز كما لايجوز أن يعلو المسلمة كافر ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعاً من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها فإن هذا الاحتمال متحقق فيه ، ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب باحدهما غير معين فيفضي الى علو ملعون لغير ملعونة أو الى امساكه لملعونة مغضوب عليها ، ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه فان الرجل ان كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رءوس الاشهاد وأقامها مقام خزي وحقق عليها اللعنة والغضب وقطع نسب ولدها، وان كان كاذبا فقد أضاف الى ذلك بهتها وقذفها بهذه

﴿مسألة﴾ (وان مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان)

وجملة ذلك أنه اذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل تمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع لان اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه وان مات بعد ان أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك وقال الشافعي تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد الا ان تلتعن

ولنا انه مات قبل إكمال اللعان أشبه مالو مات قبل إكمال التعانه وذلك لان الشرع انما رتب هذه الاحكام على اللعان التام والحكم لايثبت قبل كمال سببه وان ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية ويرثها في قول عامة أهل العلم وروي عن ابن عباس ان التعن لم يرث ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لان اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها

ولنا أنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن ، ولان اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فانه يقطع الزوجية على أنا نقول إنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى فهاهنا أولى ، فان قيل فعندكم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة ، قلنا لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما نذكره ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلا في حال من الاحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق فاذا ماتت قبل

الفرية العظيمة والمرأة ان كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الاشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وان كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخانته في نفسها وألزمته العار والفضيحة وأحوجته الى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل اليه من اساءته لايكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما وازالة الصحبة المتمحضة مفسدة ولانه ان كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلط على امساكها مع ماصنع من القبيح اليها ، وان كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني كذبت عليها ان أمسكتها

(المسئلة الثانية) أنها تحرم عليه باللعان تحريما موبداً فلا تحل له وان أكذب نفسه في ظاهر المذهب ولاخلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه لاتحل له الا أن يكون قولا شاذاً وأما إذا أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضاً وجاءت الاخبار عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لايجتمعان ابداً ، وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو يوسف ، وعن أحمد رواية أخرى ان أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر لانعلم أحداً رواها غيره ، وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق بينهما الحاكم فاما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله

وجود ما يزيله فيكون موجوداً حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى فان أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن ، وعند الشافعي ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن ، وهذا ينبني على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فان لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك فأما ان كانت طالبت بالحد في حياتها فان أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فاذ طولب به فله إسقاطه باللعان ، ذكره القاضي وإلا فلا فانه لا حاجة إليه مع عدم الطلب لانه لاحد عليه ، وقال أصحاب الشافعي ان كان للمرأة وارث غير الزوج فله اللعان يسقط الحد عن نفسه والا فلا

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات الولد فله لعانها ونفيه لان شروط اللعان تتحقق بدون الولد فلا تنتفي بموته)

(فصل) إذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد لم يكن لورثته الطلب به ، وقال أصحاب الشافعي يورث وان لم يكن طالب به لقول النبي ﷺ «من ترك حقاً فلورثته» ولانه حق ثبت له في الحياة يورث اذا طالب به فيورث وان لم يطالب به كحق القصاص

ولنا أنه حد تعتبر فيه المطالبة فاذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة والحديث

وقد ذكرنا أن مذهب البتي أن اللعان لايتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب ان أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب، وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لان فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد ابن جبير ان أكذب نفسه ردت اليه مادامت في العدة

ولنا ماروى سهل بن سعد قال مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً رواه الجوزجاني في كتابه باسناده وروي مثل هذا عن الزهري ومالك ولانه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

(فصل) فان كانت أمة فاشتراها ملاعنها لم تحل له لان تحريمها تحريم مؤبد فحرمت به على مشتريها كالرضاع ولان المطلق ثلاثاً اذا اشترى مطلقته لا تحل له قبل زوج واصابة فههنا أولى لان هذا التحريم مؤبد وتحريم الطلاق ليس بمؤبد ولان تحريم الطلاق يختص النكاح وهذا لا يختص به وهذا مذهب الشافعي

﴿مسألة﴾ قال (وان أكذب نفسه فلها عليه الحد)

وجملة ذلك أن الرجل اذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولانعلم لهم مخالفا وذلك لان اللعان

يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك، وأما حق القصاص فانه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل الى المال بخلاف هذا، فاما ان طالب به ثم مات فانه يرثه العصبات من النسب دون غيرهم لانه حق ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح، وهذا أحد الوجوه لاصحاب الشافعي، ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه، وان طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وان عفا بعضهم لم يسقط وكان للباقين استيفاؤه ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لانه حق يراد للردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط باسقاط البعض لانه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح، ويفارق حق القصاص لان ذلك يفوت الى بدل ولو أسقطناه ههنا لسقط في غير العافي إلى غير بدل

(فصل) واذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة لانهما سببان فكانت له الخيرة في إقامة أيهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولان كل واحدة منهما يحصل بها مالا يحصل بالاخرى فانه يحصل باللعان نفي النسب الباطل ولا يحصل ذلك بالبينة ويحصل بالبينة ثبوت زناها وإقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان، فان لاعنها ونفى ولدها ثم أراد إقامة البينة فله ذلك فاذا اقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة، وان أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فانه لا يلزم من الزنا كون الولد منه، وان أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد

أقيم مقام البينة في حق الزوج فاذا أكذب نفسه بان ان لعانها كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجباً بالقذف المجرد فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بينة أقيمها بزناها اوأراد اسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه لان البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه وهذا فيما اذا كانت المقذوفة محصنة فان كانت غير محصنة فعليه التعزير

(فصل) ويلحقه نسب الولد سواء كان الولد حياً أوميتاً غنياً كان أو فقيراً ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال الثوري اذا استلحق الولد الميت نظرنا فان كان ذا مال لم يلحقه لانه انما يدعي مالا وان لم يكن ذا مال لحقه ، وقال أصحاب الرأي : ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئاً لان نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فاذا كان له ولد كان مستلحقاً لولده وتبعه نسب الميت

ولنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حياً أو كان له ولد ولان ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل أبوحنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الاصل تابعا للفرع وذلك باطل، فأما قول الثوري انه انما يدعي مالا قلنا انما يدعي النسب والميراث والمال تبع له ، فان قيل فهو

نفيه لم يكن له ذلك لان الحد قد انتفى عنه باقامة البينة فلا حاجة اليه وان كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) وان قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على اقرارها بالزنا سقط عنه الحد لانه ثبت تصديقها اياه ولم يجب عليها لانه لا يجب الا باقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الاقرار فان لم يكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة لان ذلك قريب فان أتى بالبينة والاحد الا أن يلاعن اذا كان زوجا فان قال قذفتها وهي صغيرة فقالت قذفني وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال فهما قذفان وكذلك ان اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لانه لا تنافي بينهما الا أن يكونا مؤرخين تاريخاً واحداً فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته

(فصل) فان شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفهما لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعداوته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه، وان أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بذلك لم تقبل لانها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق اذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ،ولو أنهما ادعيا عليه انه قذفهما ثم أبرآه وزالت العداوة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لأنهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فان أضافا دعواهما الى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما

متهم في أن غرضه حصول الميراث قلنا ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فاقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حياً وهو غني والاب فقير فاستلحقه فهو متهم في ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله فكذلك ههنا، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ههنا لانه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الاصل، قال القاضي ويتعلق باللعان أربعة أحكام: حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب؛ وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

(فصل) فان لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فان أقيم عليه بعضه فبذل اللعان وقال أنا ألاعن قبل منه لان اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة ، فان ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفا لان القذف الرمي بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك اكذابا لنفسه لانه مصر على رميها بالزنا وله اسقاط الحد باللعان، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا، فان قال مازنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد لان قوله مازنت تكذيب للبينة واللعان فلا تثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعة اذا ادعيت عليه فقال ماأودعتني فقامت عليه البينة بالوديعة فادعى الرد او التلف لم يقبل ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء ولا يستحق علي شيئا فقامت عليه البينة فادعى الرد اوالتلف قبل منه

لاعترافهما أنه كان عدواً لهما حين شهدا عليه وان لم يضيفاها الى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لانه لا يحكم عليه بشهادة عدوين وان كان بعد الحكم لم تبطل لان الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق ،وان شهدا أنه قذف امرأته وأمنا لم تقبل شهادتهما لانها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد في الكل ،وان شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم لاتقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لان لعانه لها ينبني على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بما لا يعترف به وان شهدا بطلاق الضرة ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل لانهما يجران الى أمهما نفعا وهو توفره على أمهما (والثاني) تقبل لانهما لا يجران الى أنفسهما نفعا

(فصل) ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك بالعجمية ثبتت الشهادة لان الاختلاف في العجمية والعربية عائد الى الاقرار دون القذف ويجوز أن يكون القذف واحداً والاقرار في مرتين ولذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد آخر أنه قذفها

(مسألة) قال (وإن قذفها وانتفى من ولدها وتم اللعان بينهما بتفريق الحاكم نفي عنه إذا ذكره في اللعان)

وجملة ذلك أن الزوج اذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه منه فهو ولده في الحكم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » ولا ينتفي عنه الا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة :

(أحدها) أن يوجد اللعان منهما جميعاً وهذا قول عامة أهل العلم ، وقال الشافعي ينتفي بلعان الزوج وحده لان نفي الولد انما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه وانما لعانها لدرء الحد عنها كما قال الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين) ولنا أن النبي ﷺ انما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج (والثاني) أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً

(الشرط الثالث) أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة فان بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر . وقال مالك وأصحاب الرأي ان فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفي الولد عنه

بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قذفها بالعجمية أو يوم الجمعة ففيه وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لان الوقت ليس ذكره شرطاً في الشهادة بالقذف وكذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف فيه كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية

(والثاني) لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم يثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الاقرار بالقذف فانه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين

(مسألة) (وان لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلي سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقي وعن احمد انها تحبس حتى تقر او تلاعن)

اذا لاعن امرأته وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها والزوجية بحالها ، وبه قال الحسن والاوزاعي واصحاب الرأي ، وروي ذلك عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو اسحاق الجوزجاني وابن المنذر الى أن عليها الحد لقول الله تعالى

لان الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهي لا تقتضي ترتيبها ، ولان اللعان قد وجدمنهما جميعاً فأشبه مالو رتبت ، وعند الشافعي لا يتم اللعان الا بالترتيب الا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة

ولنا أنه أتي باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة ولان لعان الرجل بينته لاثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للانكار فقدمت بينة الاثبات كتقديم الشهود على الايمان ، ولان لعان المرأة لدرء العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك الا بلعان الرجل فاذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف

(الشرط الرابع) أن يذكر نفي الولد في اللعان فاذا لم يذكر لم ينتف الا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي وقال أبو بكر لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش. ولان حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود . وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بأمه

ولنا ان من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ولان غاية مافي اللعان أن يثبت زناها

(ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين) والعذاب الذي يدرؤه عنها لعانها هو الحد المذكور في قوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ولانه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا أنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لم يلاعن ودليل ذلك أن تحقيق زناها لا يخلو إما أن يكون بلعان الزوج او بنكولها لا يجوز ان يكون بلعان الزوج وحده لانه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولانه اما يمين واما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز ان يثبت بنكولها لان الحد لا يثبت بالنكول فانه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها، وذلك لان النكول يحتمل ان يكون لشدة خفرها او لثقله على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم ان يصفوا صورة الفعل وان يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلا الى اسقاطه، ولا يجوز ان يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ماعدا الاموال مع ان الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضي به في أعظم الامور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطا ؟ ولانها لو أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد. فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى ، ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لان مالا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين

وذلك لايوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة . فأما حديث سهل بن سعد فقد روي فيه وكانت حاملا فنكر حملها من رواية البخاري . وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هذا لابد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لانها من لفظات اللعان

وذكر الخرقي شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة . فأما على الرواية الاخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح. وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا شرط اللعان فانه لايكون الا بعد القذف وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان ولدت امرأته توأمين وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به لان الحمل الواحد لايجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره . فاذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا مانفاه تابعاً لما استلحقه ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه لان النسب يحتاط لاثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطاً ولم نقطعه عنه احتياطاً لنفيه ؛ فان كان قد قذف أمها فطالبته بالحد فله اسقاطه باللعان ، وحكي عن القاضي انه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان وهو مذهب الشافعي لانه باستلحاقه اعترف بكذبه في قذفه فلم يسمع انكاره بعد ذلك

مع النكول كسائر الحقوق ولان في كل واحد منهما من الشبهة لاينتفي بضم أحدهما الى الآخر فان احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج ، والعذاب يجوز أن يكون الحبس او غيره فلا يتعين في الحد ، وان احتمل ان يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ماذكرناه بقول عمر رضي الله عنه ان الرجم على من زنى وقد أحصن اذا كانت بينة او كان الحمل او الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي انها تحبس حتى تلتعن او تقر اربعاً . قال احمد فان ابت المرأة ان تلتعن بعد التعان الزوج اجبرتها عليه وهبت ان احكم عليها بالرجم لانها لو اقرت بلسانها لم ارجمها اذا رجعت فكيف اذا ابت اللعان؟ ولا يسقط النسب الا بالتعانهما جميعاً لان الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش

قال القاضي هذه الرواية اصح وهذا قول من وافقنا في انه لاحد عليها وذلك لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات) فيدل على انها اذا لم تشهد لايدرا عنها العذاب

(والرواية الثانية) يخلى سبيلها وهو قول ابي بكر لانه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة ، فأما الزوجية فلا تزول والولد لاينتفي مالم يتم اللعان بينهما في قول عامة اهل العلم الا الشافعي فانه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل على مانذكره

ووجه الاول انه لايلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لايلزم من وجود الزنا منها كون الولد منه ولذلك لوأقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولدعنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد ، وان استلحق أحد التوأمين وسكت عن الآخر لحقه لانه لو نفاه للحقه فاذا سكت عنه كان أولى ، ولان امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان . وان نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه جميعاً .فان قيل ألا نفيتم المسكوت عنه لانه قد نفى أخاه وهما حمل واحد ؟ قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان وان كان لم يثبت الوطء ولا ينتفي لامكان النفي فافترقا فان أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الاول لان اللعان تناول الاول وحده ويحتاج في نفي الثاني الى لعان ثان . ويحتمل انه ينتفي بنفيه من غير حاجة الى لعان ثان لانهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج الى لعان ثان . ذكره القاضي فان أقر بالثاني لحقه هو والاول لما ذكرناه . وان سكت عن نفيه لحقاه أيضاً فأما ان نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر فانه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل،ولو أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل ، فان نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي بغير اللعان لانه حمل منفرد . وان استلحقه أو ترك نفيه لحقه وان كانت قد بانت باللعان

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يعرض للزوج حتى تطالبه امراته فان اراد اللعان من غير طلبها فان كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك والا فلا)

يعني لايتعرض له باقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك فان ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة اومحجوراً عليها ولا لولي صغيرة وسيد امة المطالبة بالتعزير من اجلهما لان هذا حق ثبت للتشفي فلايقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص،فان اراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فان لم يكن هناك ولد يريد نفيه لم يكن له ان يلاعن،وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل ان اقام البينة بزناها او ابراته من قذفها او حد لها ثم اراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فانه لايشرع اللعان وهذا قول اكثر اهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً الا بعض اصحاب الشافعي قالوا له الملاعنة لازالة الفراش والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لان ازالة الفراش ممكنة بالطلاق والتحريم المؤبد ليس بمقصود شرع اللعان من اجله وانما حصل ضمناً . فأما ان كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي له ان يلاعن وهو مذهب الشافعي لان هلال بن امية لما قذف امراته واتى النبي ﷺ فأخبره ارسل النبي ﷺ اليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولانه محتاج الى نفيه فيشرع له طريق اليه كما لو طالبته ولان نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد ويحتمل ان لايشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول اصحاب الراي لانه احد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد

لانه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول ، وان لاعنها قبل وضع الاول فأتت بولد ثم ولدت آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لانها بانت باللعان وانقضت عدتها بوضع الاول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج الى نفيه

(فصل) وان مات أحد التوأمين أو ماتا معاً فله أن يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه نسب الحي ولا يلاعن الا لنفي الحد لان الميت لا يصح نفيه باللعان فان نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة الى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فانه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع واذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لانهما حمل واحد

ولنا أن الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه واسقاط مؤنته كالحي وكما لو كان للميت ولد

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن أكذب نفسه بعد ذلك لحقه الولد)

وجملة ذلك أن الرجل اذا لاعن امرأته ونفى ولدها ثم أكذب نفسه لحقه الولد اذا كان حياً بغير خلاف بين أهل العلم وان كان ميتاً لحقه نسبه أيضاً في قول أكثر أهل العلم سواء كان له ولد

(فصل) فاذا تم اللعان بينهما ثبت اربعة احكام (احدها) سقوط الحد عنه او التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما

وجملة ذلك ان اللعان اذا تم سقط الحد الذي اوجبه القذف عن الزوج اذا كانت الزوجة محصنة والتعزير ان لم تكن محصنة لان هلال بن امية قال : والله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها ولان شهادته اقيمت مقام بينته وبينته تسقط الحد كذلك لعانه ويحصل هذا بمجرد لعانه لذلك فان نكل عن اللعان او عن تمامه فعليه الحد وان ضرب بعضه فقال انا الاعن سمع ذلك منه لان ما اسقط كله اسقط بعضه كالبينة ، ولو نكلت المراة عن الملاعنة ثم بذلتها سمعت منها كالرجل فان قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما اذا تم اللعان سواء ذكر الرجل في لعانه او لم يذكره وان لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وايهما طالب حد له دون من لم يطالب كما لو قذف رجلا بالزنا بامراة معينة وبهذا قال ابو حنيفة ومالك الا في انه لايسقط حده بلعانها

وقال بعض اصحابنا : القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لان هلال بن امية قذف زوجته بشريك بن السحماء فلم يحده النبي ﷺ ولا عزره له . وقال بعض اصحاب الشافعي يجب الحد لهما وهل يجب حد واحد او حدان؟ على وجهين ، وقال بعضهم لا يجب الا حد واحد قولا واحداً ولا خلاف بينهم انه اذا لاعن وذكر الاجنبي في لعانه انه يسقط حكمه عنه وان لم يذكره فعلى وجهين

أو لم يكن وسواء خلف مالا أو لم يخلف وذلك لان النسب حق للولد فاذا أقر به لزمه وسواء تقدم انكاره له أو لم يكن ولان سبب نفيه عنه نفيه له فاذا أكذب نفسه فقد زال سبب النفي وبطل فوجب أن يلحقه نسبه بحكم النكاح الموجب للحوق نسبه به

(فصل) والقذف على ثلاثة أضرب (واجب) وهو أن يرى امرأته تزني في طهر لم يطأها فيه فانه يلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها فاذا اتت بولد لستة أشهر من حين الزنا وأمكنه نفيه عنه لزمه قذفها ونفي ولدها لان ذلك يجري مجرى اليقين في أن الولد من الزاني فاذا لم ينفه لحقه الولد وورثه وورث أقاربه وورثوا منه ونظر الى بناته واخواته وليس ذلك بجائز فيجب نفيه لازالة ذلك ولو أقرت بالزنا ووقع في قلبه صدقها فهو كما لو رآها (الثاني) أن يراها تزني أو يثبت عنده زناها وليس ثم ولد يلحقه نسبه أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنا أو يخبره بزناها ثقة يصدقه أو يشيع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ويشاهده عندها او داخلا اليها أو خارجا من عندها او يغلب على ظنه فجورها فهذا له قذفها لانه روي عن عبد الله أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال : أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم جلدتموه ، او قتل قتلتموه ، او سكت سكت على غيظ ، فذكر انه يتكلم او يسكت ولم ينكر عليه النبي ﷺ ولان النبي ﷺ لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا وان سكت جاز وهو أحسن لانه يمكنه فراقها بطلاقها ويكون فيه سترها وستر نفسه وليس ثم ولد يحتاج الى نفيه

ولنا ان اللعان بينة في احد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولان به حاجة الى قذف الزاني لما أفسد عليه من فراشه وربما يحتاج الى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي ﷺ على صدق هلال بن امية بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها

(فصل) وان قذف امرأته وأجنبية او أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة او اللعان وان قذفهما بكلمة فكذلك الا انه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً او حدين على روايتين

(احداهما) يحد حداً واحداً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في القديم وزاد ابو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لانهما حدود من جنس فوجب ان تتداخل كحد الزنا

(والثانية) ان طالبوا مجتمعين فحد واحد ؛ وان طالبوا مفترقين فلكل واحد حد لانهم اذا اجتمعوا في الطلب أمكن ايفاؤهم بالحد الواحد واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعي في الجديد يقام لكل واحد حد بكل حال لانها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون

ولنا انه اذا قذفهما بكلمة واحدة يجزيء حد واحد لانه يظهر كذبه في قذفه وبراءة عرضهما من

(الحال الثالث) محرم وهو ماعدا ذلك من قذف أزواجه والاجانب فانه من الكبائر قال الله تعالى (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم) وقال النبي ﷺ « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الاولين والآخرين » رواه ابو داود

قوله « وهو ينظر اليه » يعني يراه منه فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لانه غير مأمون على الكذب عليها ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لانه يجوز أن يكون دخل سارقا او هاربا او لحاجة او لغرض فاسد فلم يمكنه ولا لاستفاضة ذلك في الناس من غير قرينة تدل على صدقهم لاحتمال أن يكون أعداؤها أشاعوا ذلك عنها وفيه وجه آخر انه يجوز لان الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ولا بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ولا لشبهه بغير والديه لما روى أبو هريرة قال : جاء رجل من بني فزارة الى النبي ﷺ فقال ان امرأتي جاءت بولد اسود . يعرض بنفيه فقال له النبي ﷺ « هل لك من ابل؟» قال نعم قال «فما ألوانها ؟ » قال حمر قال «هل فيها من أورق؟» قال ان فيها أورقا قال «فأنى أتاها ذلك؟» قال عسى أن يكون نزعه عرق قال « فهذا عسى أن يكون نزعه

رميه بحد واحد فأجزأ كما لو كان القذف لواحد ، واذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لانهما قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد حد الاول وهكذا الحكم فيما اذا قذف أجنبيتين او أجنبيات والتفصيل فيه على ماذكرناه

(فصل) وان قال لزوجته يازانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف امها بكلمتين والحكم في الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه فان اجتمعتا في المطالبة ففي أيتهما يقدم وجهان

(أحدهما) الام لان حقها آكد لكونه لايسقط الا بالبينة ولان لها فضيلة الامومة

(والثاني) تقدم البنت لانه بدأ بقذفها ومتى حد لاحداهما ثم وجب عليه الحد للاخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الاولى فان قيل ان الحد ههنا حق لآدمي فلم لايوالى بينهما كالقصاص فانه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما فلم نؤخره ؟ قلنا لان حد القذف لايتكرر بتكرر سببه قبل اقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه والقصاص يجوز ان يقطع أطرافه كلها في قصاص واحد فاذا جاز لواحد فلاثنين اولى

« مسئلة » (الثاني الفرقة بينهما وعنه لاتحصل حتى يفرق الحاكم بينهما)

وجملة ذلك ان الفرقة بين المتلاعنين لاتحصل الا بتلاعنهما جميعاً وهل يعتبر تفريق الحاكم؟ فيه روايتان (أحداهما) لايعتبر وان الفرقة تحصل بمجرد لعانهما وهي اختيار ابي بكر وقول مالك وأبي

عرق » قال ولم يرخص له في الانتفاء منه. متفق عليه . ولان الناس كلهم من آدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفة فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحدة ولان دلالة الشبه ضعيفة ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوي لمعارضة الضعيف ولذلك لما تنازع سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ورأى النبي ﷺ فيه شبهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه وهذا اختيار أبي عبد الله بن حامد وأحد الوجهين لاصحاب الشافعي

وذكر القاضي وأبو الخطاب ان ظاهر كلام أحمد جواز نفيه وهو الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لقول النبي ﷺ في حديث اللعان « ان جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به » فأتت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ « لولا الايمان لكان لي ولها شأن » فجعل الشبه دليلا على نفيه عنه والصحيح الاول وهذا الحديث انما يدل على نفيه عنه مع ما تقدم من لعانه ونفيه اياه عن نفسه . فجعل الشبه مرجحاً لقوله ودليلا على تصديقه وما تقدم من الاحاديث يدل على عدم استقلال الشبه بالنفي . ولان هذا كان في موضع زال الفراش وانقطع نسب الولد عن صاحبه فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضي لحوق نسب الولد بصاحبه وان كان يعزل عن امرأته فأتت بولد لم يبح له نفيه لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد

وعن أبي سعيد انه قال يارسول الله انا نصيب من النساء ونحب الاثمان افنعزل عنهن ؟ قال « ان

عبيد وابي ثور وداود وزفر وابن المنذر ؛ وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال: المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً رواه سعيد . ولانه معنى يقتضي التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ، ولان الفرقة لو لم تحصل الا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق اذا كرهاه كالتفريق للعنت والاعسار ولوجب ان الحاكم اذا لم يفرق بينهما ان يبقى النكاح مستمراً ؛ وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاسبيل لك عليها » يدل على هذا وعلى هذا تفريقه بينهما بمعنى اعلامه لهما حصول الفرقة

(والثانية) لاتحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخرقي وقول اصحاب الراي لقول ابن عباس في حديثه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وهذا يقتضي ان الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث عويمر قال كذبت عليها يارسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثاً قبل ان يأمره رسول الله ﷺ وهذا يقتضي امكان امساكها وأنه وقع طلاقه ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا امكنه امساكها ولان سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لا تقع الا بحكم حاكم كفرقة العنة وعلى كلتا الروايتين لاتحصل الفرقة قبل تمام لعانهما ، وقال الشافعي تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تتيقن المراة لانها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق . قال شيخنا ولا نعلم أحدا وافق الشافعي على هذا القول

الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » ولانه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق . وأما ان كان لا يطؤها الا دون الفرج أو في الدبر فأتت بولد فذكر أصحابنا انه ليس له نفيه لانه لا يأمن أن يسبق الماء الى الفرج فيعلق به وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وهو بعيد لانه من أحكام الوطء في الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام ودلالة عدم الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه ، فأما ان وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا ويحتمل كونه منه أو من الزاني مثل ان زنت في طهر أصابها فيه أو زنت فلم يعتزلها ولكنه كان يعزل عنها أو كان لا يطؤها الا دون الفرج أو كان الولد شبيهاً بالزاني دونه لزمه نفيه لان هذا مع الزنا يوجب نسبته الى الزاني بدليل ان النبي ﷺ حكم بولد امرأة هلال لشريك بن سحماء بشبهه له مع لعان هلال لها وقذفه اياها . وأما اذا أتت زوجته بولد فشك فيه من غير معرفته لزناها فلا يحل له قذفها ولا لعانها لما تقدم من حديث الفزاري ، وكذلك ان عرف زناها ولم يعلم ان الولد من الزاني ولا وجد دليل عليه فليس له نفيه لان الولد للفراش وللعاهر الحجر

(فصل) فان أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصبها فيه فأتت بولد يمكن أن يكون من الواطيء فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنا لان هذا ليس بزنا منها . وقياس المذهب انه ليس له نفيه ويلحقه النسب لان نفي الولد لا يكون الا باللعان ومن شرط اللعان القذف ولان اللعان لا يتم الا بلعان المرأة ولا يصح اللعان من المرأة ههنا لانها لا تكذب الزوج في اكراهها على ذلك وهذا قول أصحاب الرأي

وحكي عن البتي انه لا يتعلق باللعان فرقة لما روي ان العجلاني لما لاعن امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله ﷺ ولو وقعت الفرقة لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين رواه عبدالله بن عمر وسهل بن سعد اخرجهما مسلم وقال سهل فكانت سنة لمن كان بعدهما ان يفرق بين المتلاعنين ، وقال عمر المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً ، واما القول الآخر فلا يصح لان الشرع انما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان احدهما وانما فرق النبي ﷺ بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي ﷺ ولان لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فانه اما ايمان على زناها او شهادة بذلك ولولا ورود الشرع بالتفريق بينهما لم تحصل الفرقة وانما ورد الشرع بها بعد لعانهما فلا يجوز تعليقها على بعضه كما لم يجز تعليقها على بعض لعان الزوج ولانه فسخ ثبت لايمان مختلفين فلم يثبت بيمين احدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند الاختلاف ويبطل ماذكروه بالفسخ بالعيب او العتق وقول الزوج اختاري نفسك او امرك بيدك او وهبتك لاهلك اولنفسك واشباه ذلك كثير

اذا ثبت هذ فان قيل ان الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل الا بعد اكمال اللعان بينهما وان قلنا لا تحصل الا بتفريق الحاكم لم يجز له ان يفرق بينهما الا بعد كمال لعانهما فان فرق قبل ذلك كان

وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين (احداهما) له نفيه باللعان لانه محتاج الى نفيه فكان له نفيه كما لو زنت مطاوعة ، وهذا مذهب الشافعي وهذا انما يصح عند الشافعي لانه يرى نفي الولد بلعان الزوج وحده . وأما من لا يرى ذلك فلا يصح عنده النفي باللعان ههنا والله تعالى أعلم

(مسئلة) قال (وان نفى الحمل في التعانه لم ينتف عنه حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا فيما اذا لاعن امرأته وهي حامل ونفى حملها في لعانه . فقال الخرقي وجماعة لاينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولاينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لان الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا أوغيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولايجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال وأنه نفي حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالاول ولاخفاء بأنه كان حملا ولهذا قال النبي ﷺ «انظروها فان جاءت به» كذا وكذا قال ابن عبد البر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولان الحمل مظنون بامارات تدل عليه ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك اقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول هو الصحيح لموافقته ظواهر الاحاديث وما خالف الحديث لايعبأ به كائناً ما كان ، وقال أبو بكر ينتفي الولد

تفريقه باطلا وجوده كعدمه . وبهذا قال مالك وقال الشافعي لاتقع الفرقة حتى يكمل للزوج لعانه وقال ابو حنيفة ومحمد بن الحسن اذا فرق بينهما بعد ان لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات اخطأ السنة والفرقة جائزة وان فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لان من اتى بالثلاث فقد اتى بالاكثر فتعلق الحكم به

ولنا انه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لاقل من ثلاث او قبل لعان المرأة ولانها ايمان مشروعة لايجوز للحاكم الحكم قبلها بالاجماع فاذا حكم لم يصح حكمه كايمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولان الشرع انما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الاسباب وماذكروه تحكم لادليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما اذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة او بمن توجهت عليه اليمين اذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة اذا قال من سبق الى خمس اصابات فسبق الى ثلاثة وبسائر الاسباب فأما اذا تم اللعان فللحاكم ان يفرق بينهما من غير استئذانهما لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما والحق الولد بالمرأة وروى سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد قال شهدت رسول الله ﷺ فرق بين المتلاعنين أخرجهما

بزوال الفراش ولا يحتاج الى ذكره في اللعان احتجاجا بظاهر الاحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه ، وقد ذكرنا ذلك فاما من قال ان الولد لا ينتفي الا بنفيه بعد الوضع فانه يحتاج في نفيه الى اعادة اللعان بعد الوضع ، وقال ابو حنيفة ومن وافقه ان لاعنها حاملا ثم أتت بالولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون الا بين الزوجين وهذه قد بانت بلعانها في حال حملها ، وهذا في الزامه ولدا ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له الى ذلك طريقا فلا يجوز سده وانما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف الزنا اليها فيه لان الولد الذي تأتي به يلحقه اذا لم ينفه فيحتاج الى نفيه وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفي ولدها والله أعلم

(فصل) وان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن احمد ومن اجاز نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لانا محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الاقرار به كالمولود واذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالاجماع ولان للشبه أثراً في الالحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك فاما ان سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان

سعيد ومتى قلنا ان الفرقة لا تحصل الا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح بحاله باق لان ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبه مالو لم يلاعن

(فصل) وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي وقال أبوحنيفة هي طلاق لانها فرقة من قبل الزوج تختص النكاح فكان طلاقا كالفرقة بقوله انت طالق

ولنا انها فرقة توجب تحريما مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضاع ولان اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ماينفسخ به النكاح ولانه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة

(فصل) ذكر بعض اهل العلم ان الفرقة انما حصلت باللعان لان لعنة الله وغضبه قد وقع باحدهما لتلاعنهما فان النبي ﷺ قال عند الخامسة «انها الموجبة» اي انها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقيناً ففرقنا بينهما خشية ان يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لا يجوز كما لا يجوز ان يعلو المسلمة كافر ويمكن ان يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحها لمنعه من نكاح غيرها فان هذا الاحتمال متحقق فيه. ويحتمل ان يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة أو الغضب باحدهما غير معين فيفضي الى علو ملعون غير ملعونة او الى امساك ملعونة مغضوب عليها

تركه يحتمل أن يكون لانه لا يتحقق وجوده الا أن يلاعنها فان أبا حنيفة ألزمه الولد على ما أسلفناه

(فصل) واذا ولدت امرأته ولداً فسكت عن نفيه مع امكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، وبهذا قال الشافعي قال أبو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به العادة ان كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس ، وان كان جائعاً أو ظمآن فحتى يأكل او يشرب او ينام ان كان ناعساً أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي ان حضرة الصلاة ويحرز ماله ان كان غير محرز وأشباه ذلك من أشغاله فان أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه ، وقال ابو حنيفة له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا لان النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته ، وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لانها جارية مجرى الولادة في الحكم ، وحكي عن عطاء ومجاهد ان له نفيه مالم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة

ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ، وقول النبي ﷺ « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة فما عداه يبقى على عموم الحديث ، وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والاخذ بالشفعة وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه ، وما قاله عطاء يبطل أيضاً بما ذكرناه ، ولا يلزم القصاص لانه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لانه لم يتحقق ضرره اذا ثبت هذا فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم او بامكان النفي على وجهين بناء

ويحتمل ان سبب الفرقة النفرة الحاصلة من اساءة كل واحد منهما الى صاحبه فان الرجل ان كان صادقا فقد اشاع فاحشتها وفضحها على رءوس الاشهاد واقامها مقام خزي وحقق عليها الغضب وقطع نسب ولدها وان كان كاذباً فقد اضاف الى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة والمرأة ان كانت صادقة فقد أكذبته على رءوس الاشهاد واوجبت عليه لعنة الله وان كانت كاذبة فقد افسدت فراشه وخانته في نفسها والزمته اللعان والفضيحة واحوجته الى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل اليه من اساءته لايكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع التزام الفرقة بينهما وازالة الصحبة المتمحضة مفسدة ولانه ان كان كاذبا عليها فلا ينبغي ان يسلط على امساكها مع ماصنع من القبيح اليها وان كان صادقا فلا ينبغي ان يمسكها مع علمه بحالها ولهذا قال العجلاني كذبت عليها ان امسكتها

«مسئلة» (الثالث : التحريم المؤبد وعنه انه ان اكذب نفسه حلت له)

ظاهر المذهب ان الملاعنة تحرم على الملاعن تحريما مؤبداً فلا تحل له وان اكذب نفسه ولا خلاف بين اهل العلم في انه اذا لم يكذب نفسه انها لاتحل له الا ان يكون قولا شاذا فان اكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن احمد انها لاتحل له ايضا وجاءت الاخبار عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ان المتلاعنين لايجتمعان ابداً وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والنخعي والزهري

على المطالبة بالشفعة فان أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى انه لايعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك مثل أن يكون في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم العلم، وان لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لان ذلك لايكاد يخفى عليه ،وان قال علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه او علمت ذلك ولم أعلم أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه لان هذا مما يخفى عليهم فأشبه مالو كان حديث عهد باسلام ، وان كان فقيها لم يقبل ذلك منه لانه مما لايخفى عليه ذلك ، ويحتمل أن يقبل منه لان الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام ، وقال أصحابنا لايقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالاسلام ، وهل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين ، وان كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس او الاشتغل بحفظ مال يخاف ضيعته او بملازمة غريم يخاف فوته او غيبته نظرت فان كانت مدة ذلك قصيرة فأخره الى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لانه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح ، وان كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه فان لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فان لم يفعل بطل خياره لانه اذا لم يقدر على نفيه كان الاشهاد قائما مقامه كما يقيم المريض الفيئة بقوله بدلا عن الفيئة بالجماع فان قال لم أصدق المخبر عنه نظرت فان كان مستفيضا منتشراً لم يقبل قوله، وان لم يكن مستفيضا وكان المخبر مشهور

والحكم ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابوعبيد وابوثور وابو يوسف، وعن احمد رواية اخرى أنه ان اكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن اصحابه قال ابوبكر لانعلم احدا رواها غيره . قال شيخنا وينبغي ان تحمل هذه الرواية على ما اذا لم يفرق الحاكم فاما مع تفريق الحاكم بينهما فلاوجه لبقاء النكاح بحاله،وقد ذكرنا ان مذهب البتي ان اللعان لايتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب ان اكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب.وبه قال ابوحنيفة ومحمد بن الحسن لان فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير ان اكذب نفسه ردت اليه ما دامت في العدة .

ولنا ماروى سهل بن سعد قال مضت السنة في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابداً رواه الجوزجاني باسناده في كتابه وروي مثل هذا عن الزهري ومالك ولانه تحريم لايرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

﴿مسئلة﴾ (واذا قلنا تحل له باكذاب نفسه فان لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح)

لان اللعان على هذا القول لايحرم على التأبيد وانما يؤمر بالطلاق كما يؤمر المولي به اذا لم يأت بالفيئة فاذا لم يأت بالطلاق بقي النكاح بحاله وزال الاجبار على الطلاق لتكذيبه نفسه كما لو امتنع

العدالة لم يقبل والا قبل ، وان قال لم أعلم أن علي ذلك قبل قوله لانه مما يخفى ، وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره ، وان أقام من غير حاجة بطل لانه أخره لغير عذر وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ماذكرنا من قبل ، وان أخر نفيه لغير عذر وقال أخرت نفيه رجاء أن يموت فاستتر عليه وعلي بطل خياره لانه أخر نفيه مع الامكان لغير عذر

(فصل) فان هنيء به فأمن على الدعاء لزمه في قولهم جميعا ، وان قال أحسن الله جزاءك او بارك الله عليك او رزقك الله مثله لزمه الولد وبهذا قال ابوحنيفة ، وقال الشافعي لايلزمه لانه جازاه على قصده ، واذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمنا له

ولنا أن ذلك جواب الراضي في العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء وان سكت كان اقراراً ذكره ابو بكر لان السكوت صلح دالا على الرضى في حق البكر وفي مواضع أخر فهاهنا أولى ، وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر ابن عبد العزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الحسن له أن يلاعن لنفيه مادامت أمه عنده يصير لها الولد ولو أقر به والذي عليه الجمهور أولى فانه أقر به فلم يملك جحده كما لو بانت منه أمه ، ولانه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق

الولى من الفيئة فأمر بالطلاق فعاد فأجاب الى الفيئة ، وان وجد منه طلاق دون الثلاث فلهرجعتها كالمطلقة دون الثلاث بغير عوض

﴿ مسئلة ﴾ (الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره ابوبكر ، ينتفي عنه حملها وان لم يذكره وقال الخرقي لاينتفي حتى يذكره في اللعان)

وجملة ذلك أن الزوج اذا ولدت امرأته ولداً يمكن أن يكون منه فهو ولده في الحكم لقول رسول الله ﷺ « الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا ينتفي عنه الا ان ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة (أحدها) أن يوجد اللعان منهما جميعا وهذا قول عامة أهل العلم ؛ وقال الشافعي ينتفي بلعان الزوج وحده لان نفي الولد انما كان بيمينه والتعانه لا بيمين المرأة على تكذيبه ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه وانما لعانها لدرء الحد عنها كما قال الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين)

ولنا ان النبي ﷺ انما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما فلا يجوز النفي ببعضه كبعض لعان الزوج

(الثاني) ان يكمل اللعان منهما جميعاً

(الثالث) أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة فان بدأت باللعان قبله لم يعتد به وبه قال ابو ثور وابن المنذر ؛ وقال مالك واصحاب الرأي ان فعل اخطأ السنة والفرقة جائزة وينفي الولد عنه لان الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهي لا تقتضي ترتيباً ولان اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه

(مسألة) قال (ولو جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها)

وجملة ذلك ان المرأة اذا ولدت فقال زوجها ليس هذا الولد مني أو قال ليس هذا ولدي فلا حد عليه لان هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال انه يريد انه من زوج آخر او من وطء بشبهة او غير ذلك ولكنه يسئل فان قال زنت فولدت هذا من الزنا فهذا قذف يثبت به اللعان ، وان قال أردت انه لايشبهني خلقاً ولا خلقاً فقالت بل اردت قذفي فالقول قوله لانه اعلم بمراده لاسيما اذا صرح بقوله لم تزن ، وان قال وطئت بشبهة والولد من الواطيء فلا حد عليه أيضاً لانه لم يقذفها ولا قذف واطئها ، وان قال أكرهت على الزنا فلا حد أيضاً لانه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع لانه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد وبهذا قال ابو حنيفة

وذكر القاضي ان في هذه الصورة الآخرة رواية أخرى ان له اللعان لانه محتاج الى نفي الولد بخلاف ما اذا قال وطئت بشبهة فانه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لايشرع لعان أمته لما امكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي

ولنا ان اللعان انما ورد به الشرع بعد القذف في قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم

ما ورتب ،وعند الشافعي لا يتم اللعان الا بالترتيب الا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد وذلك حاصل مع اخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظه من المرأة

ولنا أنه أتى باللعان على غير ماورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر على لفظة واحدة ولأن لعان الرجل بينة لاثبات زناها ونفي ولدها ولعان المرأة للانكار فقدمت بينة الاثبات لتقديم الشهود على الايمان ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل فاذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف

(الرابع) أن يذكر نفي الولد في اللعان فان لم يذكره لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقي واختيار القاضي ومذهب الشافعي ، فاذا قال أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا يقول وما هذا الولد ولدي،وتقول هي أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنا وهذا الولد ولده في كل لفظة ، وقال الشافعي لا تحتاج المرأة إلى ذكره لانها لا تنفيه

ولنا أنها أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطاً في لعانه كالزوج وقال أبو بكر لايحتاج إلى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش لان حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى ان لايدعي ولدها لاب ولا يرمي ولدها رواه أبو داود

يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية ، ولما لاعن النبي ﷺ بين هلال وامرأته كان بعد قذفه اياها وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته كان بعد قذفه اياها ولا يثبت الحكم لا في مثله ، ولان نفي اللعان انما ينتفي به الولد بتمامه منهما ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا ، فأما ان قال وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها ، وقال القاضي ليس له نفيه باللعان وكذلك قال أصحاب الشافعي لانه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبه مالو قال واشتبه عليك ايضاً

ولنا انه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله الى (والذين يرمون ازواجهم) ولانه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها كما لو قال زنى بك فلان وما ذكروه لايصح فانه قد لايوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب اليه او يغيب او يموت فلا ينتفي الولد ، وان قال ماولدته وانما التقطته او استعرته فقالت بل هو ولدي منك لم يقبل قول المرأة الا ببينة وهذا قول الشافعي وابي ثور وأصحاب الرأي لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين . قال القاضي وكذلك لا تقبل دعواها للولادة فيما اذا علق طلاقها بها ولا دعوى الامة لها لتصير بها ام ولد ويقبل قولها فيها لتقضي عدتها بها ، فعلى هذا لايلحقه الولد الا أن تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له فاذا ثبتت ولادتها له لحقه نسبه لانه ولد على فراشه والولد للفراش

وفي حديث رواه مسلم عن عبدالله أن رجلا لاعن امرأة على عهد رسول الله ﷺ ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بامه .

ولنا أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً كالمرأة ولان غاية ما في اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة فأما حديث سهل فقد روي فيه فكانت حاملا فأنكر حملها من رواية البخاري ، وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ وانتفى من ولدها ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة والزيادة من الثقة مقبولة ، فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعن في الخامسة لانها من لفظات اللعان ، وذكر الخرقي شرطاً خامساً وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم بينهما لوقوع الاخرى أما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح ، وشرط أيضاً شرطاً سادساً وهو أن يكون قد قذفها وهذا من شروط اللعان وقد ذكرناه

(فصل) متى كان اللعان لنفي الولد اشترط ذكره وقد مضى ذلك قال يشترط أن يقول هذا الولد من زنى وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لانه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقاً وخلقاً ولم يقتصر على قوله هو من زنى لانه قد يعتقد أن الوطء في النكاح الفاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً

ولنا أنه نفي الولد في اللعان فانتفى به كما لو ذكر اللفظين ، وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل

وذكر القاضي في موضع آخر ان القول قول المرأة لقول الله تعالى (ولا يحل لهن ان يكتمن ماخلق الله في أرحامهن) وتحريم كتمانه دليل على قبول قولها فيه ولانه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولانه حكم يتعلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض فعلى هذا النسب لاحق به وهل له نفيه باللعان؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له نفيه لان انكاره لولادتها اياه اقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل انكاره لذلك لانه تكذيب لنفسه (والثاني) له نفيه لانه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره

(فصل) ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه في النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج الى نفيه لانه يعلم انه ليس منه فلم يلحقه كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتي به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به في قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لاننا نعلم انها علقت به قبل أن يتزوجها . وان كان الزوج طفلا له أقل من عشر سنين فأتت امرأته بولد لم يلحقه لانه لم يوجد ولد لمثله ولا يمكنه الوطء وان كان له عشر لحقه ولدها لقول النبي ﷺ «واضربوهم على الصلاة لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وقال القاضي يلحق به اذا أتت به لتسعة أعوام ونصف عام مدة الحمل لأن الجارية يولد لها لتسع فكذلك الغلام . وقال أبو بكر لا يلحقه حتى يبلغ لان الولد انما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ

ولا ينتفي اللعان بضم إحدى اللفظتين إلى الاخرى فانه اذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعاً وقد يريد انه لا يشبهني خلقاً ولا خلقا وأنه من وطء فاسد

(مسئلة) (وان نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن)

اختلف أصحابنا في ذلك فقال الخرقي وجماعة لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لان الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحا أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط ، وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ وألحقه بالأم وبانه كان حملا ولهذا قال النبي ﷺ «انظروها فان جاءت به كذا وكذا » قال ابن عبدالبر الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها، ولان الحمل مظنون بامارات تدل عليه ولهذا ثبت للحامل أحكام تخالف فيها الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره، ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول الصحيح لموافقته ظواهر الاحاديث وما خالف الحديث لا يعبأ به كائنا ما كان ، وقال أبو بكر ينتفي الولد بزوال الفراش،ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجا بظاهر الاحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه ، فأما من قال ان الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع فانه

ولنا انه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روي ان عمرو بن العاص وابنه عبد الله لم يكن بينهما الا اثنا عشر عاما . وأمر النبي ﷺ بالتفريق بينهم دليل على امكان الوطء الذي هو سبب الولادة . وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فان الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وقد تحيض لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع . ولو تزوج رجل امرأة في مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ثم أتت امرأته بولد لستة اشهر من حين العقد او تزوج مشرقي بمغربية ثم مضت ستة اشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لان الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل . ألا ترى انكم قلتم اذا مضى زمان الامكان لحق الولد وان علم انه لم يحصل منه الوطء

ولنا انه لم يحصل امكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجة ابن سنة أو كما لو ولدته لدون ستة اشهر . وفارق ما قاسوا عليه لان الامكان اذا وجد لم يعلم انه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ولا سبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على امكانه في النكاح ولم يجز حذف الامكان عن الاعتبار لانه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه به مع يقين كونه ليس منه ، وان ولدت امرأة مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به في قول عامة أهل العلم لانه يستحيل منه الانزال والايلاج . وان قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لانه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال اصحابنا يلحقه النسب لانه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقاً

يحتاج إلى اعادة اللعان بعد الوضع ، وقال أبو حنيفة ومن وافقه ان لاعنها حاملا ثم أتت بولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لان اللعان لا يكون إلا بين زوجين وهذه قد بانت بلعانها في حملها وهذا فيه الزامه ولداً ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا ، والله تعالى قد جعل له إلى ذلك سبيلا وطريقا فلا يجوز سده وانما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف اليها الزنا فيه لان الولد الذي يأتي به يلحقه اذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه ، وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفيه والله أعلم

(فصل) فان استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن احمد ومن أجاز نفيه قال يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لانه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الاقرار به كالمولود ، واذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ، ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالاجماع ولان للشبه أثراً في الاستلحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاختص صحة الاستلحاق به . فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك فأما ان سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند أحد علمنا قوله لان تركه يحتمل ان يكون لانه لا يتحقق وجوده الا ان يلاعنها فان ابا حنيفة ألزمه الولد على ما اسلفناه

ولنا أن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك فأشبه مالو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بايلاج لا يخلق منه الولد كما لو أولج اصبعه . وأما قطع ذكره وحده فانه يلحقه الولد لانه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد . ولاصحاب الشافعي اختلاف في ذلك على نحو ماذكرنا من الخلاف عندنا . قال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور

وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لان الولد انما يلحق بالفراش اذا أمكن . ألا ترى انها اذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر ايصال المني الى قعر الرحم من المجبوب . ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل لان الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً ولذلك يأخذ الشبه منهما واذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما ولو صح ذلك لنكان الأجنبيان الرجل والمرأة اذا تصادقا انها استدخلت منيه وان الولد من ذلك المني يلحقه نسبه وما قال ذلك احد

(فصل) وان طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولداً ثم ولدت آخر قبل مضي ستة اشهر فهو من الزوج لاننا نعلم انهما حمل واحد فاذا كان احدهما منه فالآخر منه . وان كان بينهما اكثر من ستة اشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لانه لا يمكن ان يكون الولدان حملا واحداً وبينهما مدة الحمل فعلم انها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها اجنبية فهي كسائر الاجنبيات

(فصل) ومن شرط نفي الولد ان لا يوجد منه دليل على الاقرار به فان اقر به لم يملك نفيه في قول جماعة اهل العلم منهم الشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وان اقر بتوأمه او نفاه وسكت عن توأمه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه وقد ذكرناه ولانه اذا اقر بأحدهما كان اقراراً بالآخر اذ لا يمكن ان يعلم الذي له منهما فاذا نفى الاخير كان رجوعا عن اقراره فلا يقبل منه ومثله اذا نفاه وسكت عن توأمه

﴿ مسئلة ﴾ (وان هنيء به فسكت كان اقراراً ذكره أبو بكر) لان السكوت صلح دالا على الرضا في حق البكر فههنا اولى

﴿ مسئلة ﴾ (فان امن على الدعاء لزمه في قولهم جميعاً)

فان قال أحسن الله جزاءك اوبارك الله عليك او رزقك الله مثله لزمه الولد وبهذا قال ابوحنيفة وقال الشافعي لا يلزمه لانه جازاه على قصده واذا قال رزقك الله مثله فليس ذلك اقراراً ولا متضمناً له . ولنا ان ذلك جواب الراضي في العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء

﴿ مسئلة ﴾ (وان اخر نفيه مع امكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك)

وبهذا قال الشافعي قال ابو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ماجرت به العادة ان كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس وان كان جائعا او ظمآن فحتى يأكل او يشرب اوينام ان كان ناعسا او

وان طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة اشهر من آخر اقرائها لحقه لاننا تيقنا انها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم انها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم ان لا يكون الدم حيضاً فلم تنقض عدتها به . وان اتت به لاكثر من ذلك لم يلحق بالزوج وهذا قول ابي العباس بن سريج .وقال غيره من اصحاب الشافعي يلحق به لانه يمكن ان يكون منه والولد يلحق بالامكان

ولنا انها اتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن ان لا يكون منه فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجة اوالعدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالامكان للحاقه وانما يكتفى بالامكان لنفيه وذلك لان الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بامكان الحكمة واحتمالها فاذا انتفى السبب وآثاره فينتفي الحكم لانتفائه ولا يلتفت الى مجرد الامكان والله اعلم . فأما ان وضعته قبل انقضاء العدة لاقل من اربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه الا باللعان . وان وضعته لاكثر من اربع سنين من حين الطلاق وكان بائناً انتفى عنه بغير لعان لاننا علمنا انها علقت به بعد زوال الفراش .وان كان رجعياً فوضعته لاكثر من اربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لانها علقت به بعد البينونة وان وضعته لاكثر من اربع سنين منذ الطلاق ولاقل منها منذ انقضت العدة ففيه روايتان (احداهما) لا يلحقه لانها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن (والثانية) يلحقه لانها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل في رواية فأشبه ماقبل الطلاق

(فصل) فان غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحاً في الظاهر

يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي ان حضرت الصلاة ويحرز ماله ان كان غير محرز واشباه هذا من اشغاله فان اخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه وقال ابو حنيفة له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا لان النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلتهما . وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لانها جارية مجرى الولادة في الحكم . وحكي عن عطاء ومجاهد ان له نفيه ما لم يعترف به كحالة الولادة .

ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ولان قول النبي ﷺ «الولد للفراش» عام خرج منه مااتفقنا عليه مع السنة الثابتة ففيما عداه يبقى على عموم الحديث، وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والاخذ بالشفعة، وتقديره بمدة النفاس تحكم لادليل عليه. وما قاله عطاء يبطل ايضاً بما ذكرناه ولا يلزم عليه القصاص فانه لاستيفاء حق لالدفع ضرر ولا الحمل لانه لم يتحقق ضرره ؟ وهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم او بامكان النفي؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة

﴿ مسئلة ﴾ (فان قال اخرته رجاء موته لم يعذر بذلك ويبطل خياره لانه اخر نفيه مع امكانه لغير عذر)

ودخل بها الثاني وأولدها اولاداً ثم قدم الاول فسخ نكاح الثاني وردت الى الاول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والاولاد له لانهم ولدوا على فراشه . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري واهل العراق وابن ابي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي واسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم الا ابا حنيفة قال : الولد للاول لانه صاحب الفراش لان نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الاجنبي

ولنا ان الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له دون غيره كولد الامة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبي فانه ليس له نكاح

(فصل) وان وطيء رجل امرأة لازوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة . وقال القاضي وجدت بخط ابي بكر انه لايلحق به لان النسب لايلحق الا في نكاح صحيح اوفاسد او ملك او شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ولانه وطء لايستند الى عقد فلم يلحق الولد فيه بالوطء كالزنا والصحيح في المذهب الاول

قال احمد : كل من درأت عنه الحد الحقت به الولد، ولانه وطء اعتقد الواطيء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد . وفارق وطء الزنا فانه لايعتقد الحل فيه . ولو تزوج رجلان اختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطيء لانه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء في نكاح فاسد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال لم أعلم به او لم اعلم ان لي نفيه او لم اعلم ان ذلك على الفور وامكن صدقه قبل منه)

اذا اخر نفيه ثم ادعى انه لم يعلم بالولادة وامكن صدقه بان يكون في مكان يخفى عليه ذلك كمن هو في محلة اخرى فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم العلم فان لم يمكن مثل ان يكون معها في الدار لم يقبل لان ذلك لايكاد يخفى عليه وان قال علمت ولادته ولم أعلم ان لي نفيه أو علمت ذلك او لم اعلم انه على الفور وكان من يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه لان هذا مما يخفى عليهم فأشبه مالو كان حديث عهد باسلام فان كان فقيها لم يقبل منه لانه مما لايخفى عليه ذلك ويحتمل ان يقبل منه لان الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام وقال اصحابنا لايقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء ببادية وحديث العهد بالاسلام ويقبل من سائر الناس وفيه وجه آخر انه لايقبل والاول اولى

﴿ مسئلة ﴾ (وان اخره لغيبة او مرض او شيء يمنعه ذلك لم يسقط نفيه)

وجملة ذلك انه اذا كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس او الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته او بملازمة غريم يخاف فوته او غيبته نظرت فان كانت مدة ذلك قصيرة فاخره الى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لانه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح وان كانت

وقال ابوبكر لايكون الولد للواطيء وانما يكون للزوج وهذا الذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة لان الولد للفراش . ولنا ان الواطيء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً . والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه . وان وطئت امرأته او امته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى اتت بولد لستة اشهر من حين الوطء لحق الواطيء وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول ابي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لان الولد للفراش .وان انكر الواطيء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لانه لايمكن الحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد .وان اتت بالولد لدون ستة اشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لاننا نعلم انه ليس من الواطيء . وان اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن ان يكون منهما لحق الزوج لان الولد للفراش وقد امكن كونه منه . وان ادعى الزوج انه من الواطيء فقال بعض اصحابنا يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما فان الحقته بالواطيء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وان الحقتـه بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في اصح الروايتين (والاخرى) له ذلك وان الحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين . وان لم توجد قافة او انـكر الواطيء الوطء او اشتبه على القافة لحق الزوج لان المقتضي للحاق النسب به متحقق ولم يوجد مايعارضه فوجب اثبات حكمه .ويحتمل ان يلحق الزوج بكل حال لان دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلايجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة

(فصل) وان اتت بولد فادعى انه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء

تتطاول مامكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه وان لم يمكنه اشهد على نفسه انه ناف لولد امرأته فان لم يفعل بطل خياره لانه اذا لم يقدر على نفيـه قام الاشهاد مقامه كما يقيم المريض الفيئة بالقول بدلا عن الفيئة بالجماع

(فصل) فان قال لم أصدق المخبر به وكان مستفيضاً منتشراً لم يقبل قوله وان لم يكن مستفيضاً وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل قوله والا قبل ، وان قال لم اعلم ان علي ذلك قبل قوله لانه ممـا يخفى وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وان اقام من غير حاجة بطل لانه اخر لغير عذر ، وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ماذكرنا من قبل وان اخره من غير عذر بطل وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة اهل العلم منهم مالك والشافعي وابن المنذر واصحاب الراي . وقال الحسن له أن يلاعن لنفيه مادامت امه عنده يصير لها الولد ولو اقر به ، والذي عليه الجمهور اولى فان اقر به فلم يملك جحده كما لو بانت منه امه ولانه اقر بحق عليه فلم يقبل منه جحده كسائر الحقوق

العدة لم يلحق بالاول بحال وان كان بعد اربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً. وان وضعته لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها (الثاني) لم يلحق به وينتفي عنهما وان كان لاكثر من ستة اشهر فهو ولده وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني ولاقل من اربع سنين من طلاق الاول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج وهل له نفيه باللعان؟ على روايتين

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحضر من الحاكم أشهد بالله لقد زنت ويشير اليها وان لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يوقف عند الخامسة ويقال له اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، فان أبى إلا أن يتم فليقل ولعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا، وتقول هي أشهد بالله لقد كذب أربع مرات ثم توقف عند الخامسة وتخوف كما خوف الرجل فاذ أبت إلا أن تتم فلتقل وغضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا)

في هذه المسئلة مسئلتان (احداهما) ان اللعان لا يصح الا بمحضر من الحاكم او من يقوم مقامه وهذا مذهب الشافعي لان النبي ﷺ امر هلال بن امية ان يستدعي زوجته اليه ولاعن بينهما

﴿ مسئلة ﴾ (ومتى اكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد ان كانت المراة محصنة او التعزير ان لم تكن محصنة)

اذا لاعن الرجل امراته ونفى ولده ثم اكذب نفسه لحقه الولد اذا كان حيا غنيا كان او فقيراً بغير خلاف بين اهل العلم وكذلك ان كان ميتاً . وبهذا قال الشافعي وابو ثور وقال الثوري اذا استلحق الولد الميت وكان ذا مال لم يلحقه لانه انما يدعي مالا وان لم يكن له مال لحقه وقال اصحاب الراي ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئاً لان نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فاذا كان له ولد كان مسلحقاً لوالده وتبعه نسب الميت

ولنا ان هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حياً او كان له ولد ولان ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل ابو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب ابنه فجعل الاصل تابعاً للفرع وذلك باطل فأما قول الثوري انه انما يدعي مالا قلنا انما يدعي النسب والميراث تبع له فان قيل فهو متهم في ان غرضه في حصول الميراث قلنا النسب لا يمنع التهمة لحوقه بدليل انه لو كان له اخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث اخيه ولو كان الابن حيا غنياً والاب فقيراً فاستلحقه فهو متهم في ايجاب

ولانه اما يمين واما شهادة فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وان تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد . وسواء كان الزوجان حرين او مملوكين في ظاهر كلام الخرقي . وقال اصحاب الشافعي :للسيد ان يلاعن بين عبده وأمته لان له اقامة الحد عليهما

ولنا انه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم او نائبه كاللعان بين الحرين .ولا نسلم ان السيد يملك اقامة الحد على أمته المزوجة . ثم لا يشبه اللعان الحد لان الحد زجر وتأديب واللعان اما شهادة واما يمين فافترقا . ولان اللعان دارىء للحد وموجب له فجرى مجرى اقامة البينة على الزنا والحكم به او بنفيه . وان كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها بعث الحاكم نائبه وبعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما وان بعث نائبه وحده جاز لان الجمع غير واجب

(فصل) ويستحب ان يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة اسنانهم فدل ذلك على انه حضره جمع كثير لان الصبيان انما يحضرون المجالس تبعا للرجال . ولان اللعان بني على التغليظ مبالغه في الردع به والزجر وفعله في الجماعة ابلغ في ذلك . ويستحب ان لا ينقصوا عن اربعة لان بينة الزنا الذي شرع اللعان من اجل الرمي به اربعة وليس شيء من هذا واجباً . ويستحب ان يتلاعنا قياما فيبدا الزوج فيلتعن وهو

نفقته على ابنه ويقبل قوله كذلك ههنا ثم كان ينبغي ان يثبت ههنا لانه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة و لا يلزم من انقطاع البيع انقطاع الاصل

قال القاضي يتعلق باللعان اربعة احكام حقان عليه وجوب الحد ولحوق النسب . وحقان له الفرقة والتحريم المؤبد فاذا اكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب ولم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد

(فصل) فان لم يكذب نفسه ولكن لم تكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فان أقيم عليه بعضه فأراد اللعان وقال أنا ألاعن قبل منه لان اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة فان ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفاً لان القذف الرمي بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به ولم يكن ذلك اكذابا لنفسه لانه مصر على رميها بالزنا وله اسقاط الحد باللعان ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا فأما ان قال مازنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه ، نص عليه أحمد لان قوله مازنت تكذيب للبينة واللعان فلا يثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعة إذا ادعيت عليه فقال ماأودعتني فقامت عليه البينة بالوديعة فادعى الرد أو التلف لم يقبل ولو أجاب بانه ماله عندي شيء أو لا يستحق علي شيئاً فقامت عليه البينة فادعى الرد أو التلف قبل منه

قائم فاذا فرغ قامت المراة فالتعنت وهي قائمة لماروي عن النبي ﷺ انه قال لهلال بن امية « قم فاشهد اربع شهادات » ولانه اذا قام شاهده الناس فكان ابلغ في شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجبا وبهذا كله قال ابو حنيفة والشافعي ولا اعلم فيه مخالفا

(فصل) قال القاضي ولا يستحب التغليظ في اللعان بمكان ولا زمان وبهذا قال ابو حنيفة لان الله تعالى اطلق الامر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده الا بدليل ولان النبي ﷺ امر الرجل باحضار امراته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل؛ وقال ابو الخطاب يستحب ان يتلاعنا في الازمان والاماكن التي تعظم وهذا مذهب الشافعي الا ان عنده في التغليظ بالمكان قولين (احدهما) ان التغليظ به مستحب كالزمان (والثاني) انه واجب لان النبي ﷺ لاعن عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ومعنى التغليظ بالمكان انهما اذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فانه اشرف البقاع ؛ وان كان في المدينة فعند منبر رسول الله ﷺ وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها ؛ واما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) واجمع المفسرون على ان المراد بالصلاة صلاة العصر قال ابو الخطاب في موضع او بين الاذانين لان الدعاء بينهما لايرد والصحيح الاول ولو استحب ذلك لفعله النبي ﷺ ولو فعله لنقل ولم يسغ تركه واهماله ، واما قولهم ان النبي ﷺ لاعن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الاحاديث المشهورة . وان ثبت هذا فيحتمل انه كان بحكم الاتفاق لان مجلسه

﴿مسئلة﴾ (ويلزمه الحد اذا اكذب نفسه سواء اكذبها قبل لعانها اوبعده)

وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الراي ولا نعلم لهم مخالفاً لان اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فاذا اكذب نفسه بان ان لعانه كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا اقل من ان يجب الحد الذي كان واجبا بالقذف المجرد فان عاد عن اكذاب نفسه وقال لي بينة اقيمها بزناها او اراد اسقاط الحد عنه باللعان لم تسمع لان البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد اقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه . وهذا اذ كانت المقذوفة محصنة فان كانت غير محصنة فعليه التعزير .

(فصل) فيما يلحق من النسب، من اتت امراته بولد يمكن كونه منه وهو ان يأتي به بعد ستة اشهر منذ امكن اجتماعه بها ولاقل من اربع سنين منذ ابانها وهو ممن يولد لمثله كابن عشر سنين لحقه الولد لقول النبي ﷺ «الولد للفراش» ولان مع ذلك يمكن كونه منه وقدرناه بعشر سنين لقول النبي ﷺ «واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع» وقال القاضي يلحق به اذا اتت له تسعة اعوام ونصف مدة الحمل قياساً على الجارية وقال ابو بكر لايلحقه حتى يبلغ لان الولد انما يكون من الماء ولاينزل حتى يبلغ

كان عنده فلاعن بينهما في مجلسه فان كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين . ويحتمل ان يغلظ في المكان لقوله في الايمان وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون ان يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهما في مواضعهم اللاتي يعظمونها النصراني في البيعة واليهودي في الكنيسة والمجوسي في بيت النار وان لم يكن لهم مواضع يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليظ بالمكان وان كانت المسلمة حائضا وقلنا ان اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لان ذلك اقرب المواضع اليه

﴿ المسئلة الثانية في الفاظ اللعان وصفته ﴾ اما الفاظه فهي خمسة في حق كل واحد منهما وصفته ان الامام يبدا بالزوج فيقيمه ويقول له قل اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا ويشير اليها ان كانت حاضرة ولا يحتاج مع الحضور والاشارة الى نسبه وتسميته كما لا يحتاج الى ذلك في سائر العقود . وان كانت غائبة اسماها ونسبها فقال امرأتي فلانة بنت فلان ويرفع في نسبها حتى ينفي المشاركة بينها وبين غيرها فاذا شهد اربع مرات وقفه الحاكم وقال له اتق الله فانها الموجبة وعذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وكل شيء اهون من لعنة الله ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فان رآه يمضي في ذلك قال له قل وان لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا

ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها قولي اشهد بالله ان زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير اليه وان كان غائبا اسمته ونسبته فاذا كررت ذلك اربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا في حق الزوج ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها فان رآها تمضي على ذلك قال لها قولي وان

ولنا انه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ . وقد روي ان عمرو بن العاص وابنه لم يكن بينهما الا اثناعشر عاما وامر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم دليل على امكان الوطء الذي هو سبب الولادة . واما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فان الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة وقد تحيض لتسع والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع .

﴿مسئلة﴾ فاما ان اتت به لدون ستة اشهر مذ تزوجها او لاكثر من اربع سنين منذ ابانها لم يلحق الزوج لانا علمنا انها علقت به قبل النكاح ولا يحتاج الى نفيه باللعان لان اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق احد الجائزين ونفي احد المحتملين وما لا يجوز لا يحتاج الى نفيه

﴿مسئلة﴾ (وان اقرت بانقضاء عدتها بالقروء ثم اتت به لاكثر من ستة اشهر لم يلحق بالزوج) وهذا قول ابي العباس ابن شريح وقال غيره من اصحاب الشافعي يلحق به لانه يمكن ان يكون منه والولد يلحق بالامكان

غضب الله علي ان كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا

قال اسحاق بن منصور قلت لاحمد كيف يلاعن؟ قال على ما في كتاب الله يقول اربع مرات اشهد بالله اني فيما رميتها به لمن الصادقين ثم يوقف عند الخامسة فيقول لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، والمرأة مثل ذلك توقف عند الخامسة فيقال لها اتق الله فانها الموجبة توجب عليك العذاب فان حلفت قالت غضب الله عليها ان كان من الصادقين . وعدد هذه الالفاظ الخمسة شرط في اللعان فان اخل بواحدة منها لم يصح على ماذكرناه فيما مضى. وان ابدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقي انه يجوز ان يبدل قوله اني لمن الصادقين بقوله لقد زنت لان معناهما واحد ويجوز لها ابدال انه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب لانه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن . وان ابدل لفظة اشهد بلفظ من الفاظ اليمين فقال احلف او اقسم او اولي لم يعتد به

وقال ابو الخطاب فيه وجه آخر انه يعتد به لانه أتى بالمعنى فأشبه ما لو ابدل اني لمن الصادقين بقوله لقد زنت وللشافعي وجهان في هذا والصحيح انه لايصح لان ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق . ولان اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات ابلغ في التغليظ فلم يجز تركه ولهذا لم يجز ان يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام اشهد

(والثاني) يعتد به لانه اتى بالمعنى اشبه ماقبله وللشافعي وجهان كهذين . وان ابدل لفظة اللعنة بالابعاد لم يجز لان لفظ اللعنة ابلغ في الزجر وأشد في انفس الناس ولانه عدل عن المنصوص . وقيل : يجوز لان معناهما واحد وان ابدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجز لان الغضب اغلظ ولهذا

ولنا انها اتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن ان لايكون منه فلم يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء الزوجية او العدة واما بعدها فلايكتفى بالامكان للحاقه وانما يكتفى بالامكان لنفيه وذلك لان الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بامكان الحكمة واحتمالها فاذا انتفى السبب واثاره انتفى الحكم لانتفائه ولايلتفت الى مجرد الامكان . فأما ان طلقها فاعتدت بالاقراء ثم ولدت ولداً قبل مضي ستة اشهر من آخر اقرائها لحق الزوج لأنا تيقنا انها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ويعلم انها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم فيلزم ان لايكون الدم حيضا فلم تنقض عدتها به .

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلقها وهي حامل فولدت ثم ولدت آخر قبل مضي ستة اشهر فهو من الزوج)

لانا نعلم انهما حمل واحد فاذا كان احدهما منه فالآخر منه وان كان بينهما اكثر من ستة اشهر لم يلحق بالزوج وانتفى عنه من غير لعان لانه لا يمكن ان يكون الولدان حملا واحداً و بينهما مدة الحمل فعلم انها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة وكونها اجنبية فهي كسائر الاجنبيات

﴿ مسئلة ﴾ (او مع العلم بانه لم يجتمع بها)

خصت المرأة به لان المعرة بزناها اقبح واثمها بفعل الزنا اعظم من اثمه بالقذف . وان ابدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما اذا ابدل الرجل لفظة اللعنة بالابعاد . وان ابدل الرجل لفظة اللعنة بالغضب احتمل ان يجوز لانه ابلغ واحتمل ان لايجوز لمخالفته المنصوص

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط ان يزاد بعد قوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا اراه يحتاج اليه لان الله سبحانه انزل ذلك وبينه ولم يذكر هذا الاشتراط

واما موعظة الامام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهي مستحبة في قول اكثر اهل العلم لما روى ابن عباس قال لما كانت الخامسة قيل ياهلال اتق الله فانها الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال والله لايعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة . وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لاافضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين . وروى ابواسحاق الجوزجاني باسناده حديث المتلاعنين قال فشهد اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ثم امر به فأمسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شيء اهون عليك من لعنة الله ثم ارسل فقال لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ثم أمر بها فأمسك على فيها وقال ويحك كل شيء اهون عليك من عذاب الله وذكر الحديث

(فصل) ويشترط في صحة اللعان شروط ستة (احدها) ان يكون بمحضر الامام او نائبه (الثاني) ان يأتي كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فان بادر به قبل ان يلقيه الامام عليه لم يصح كما لو حلف قبل ان يحلفه الحاكم (الثالث) استكمال لفظات اللعان الخمسة فان نقص منها لفظة

كالذي يتزوجها بحضرة الحاكم ويطلقها في المجلس قبل غيبته عنهم ثم اتت المراة بولد لستة اشهر او يتزوجها وبينهما مسافة لايصل اليها في المدة التي ولدت فيها كمشرقي يتزوج بمغربية ثم مضت ستة اشهر واتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة يلحقه نسبه لان الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل الا ترى انكم قلتم اذا مضى زمان الامكان لحق الولد وان علم انه لم يحصل منه الوطء .

ولنا انه لم يحصل امكان الوطء في هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجية الطفل او كما لو ولدته لدون ستة اشهر وفارق ماقاسوا عليه فان الامكان اذا وجد لم يعلم انه ليس منه قطعاً لجواز ان يكون وطئها من حيث لانعلم ولاسبيل لنا الى معرفة حقيقة الوطء فعلقنا الحكم على امكانه في النكاح ولم يجز حذف الامكان عن الاعتبار لانه اذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجز الحاقه بدفع يقين كونه ليس منه .

لم يصح (الرابع) ان يأتي بصورته الاما ذكرنا من الاختلاف في ابدال لفظة بمثلها في المعنى (الخامس) الترتيب فان قدم لفظة اللعنة على شيء من الالفاظ الاربعة او قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل لم يعتد به (السادس) الاشارة من كل واحد منهما الى صاحبه ان كان حاضراً وتسميته ونسبته ان كان غائبا ولا يشترط حضورهما معا بل لو كان احدهما غائبا عن صاحبه مثل ان لاعن الرجل في المسجد والمراة على بابه لعدم امكان دخولها جاز

(فصل) (واذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز ان ياتعنا بغيرها لان اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية . وان كانا لايحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة فان كان الحاكم يحسن لسانهما اجزأ ذلك . ويستحب ان يحضر معه اربعة يحسنون لسانهما . وان كان الحاكم لايحسن لسانهما فلا بد من ترجمان قال القاضي ولا يجزيء في الترجمة اقل من اثنين عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي لانه قال ولا يقبل في الترجمة عن اعجمي حاكم اليه اذا لم يعرف لسانه اقل من عدلين يعرفان لسانه وذكر ابو الخطاب رواية اخرى انه يجزيء قول عدل واحد وهو قول ابي حنيفة وسنذكر ذلك في موضع آخر ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كان بينهما في اللعان ولد ذكر الولد فاذا قال أشهد بالله لقد زنت يقول وما هذا الولد ولدي وتقول هي اشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده)

وجملة ذلك انه متى كان اللعان لنفي ولد فلا بد من ذكره في لعانهما . وقال الشافعي لاتحتاج المراة الى ذكره لانها لاتنفيه وانما احتاج الزوج الى ذكره لنفيه وقال ابو بكر لايحتاج واحد منهما الى ذكره وينتفي بزوال الفراش

﴿مسئلة﴾ (او صبي دون عشر سنين او مقطوع الذكر والانثيين)

اما الصبي الذي له دون عشر سنين فقد ذكرناه في اول الفصل. واما مقطوع الذكر والانثيين فلا يلحق به الولد في قول عامة اهل العلم لانه يستحيل منه الايلاج والانزال . فان قطعت انثياه دون ذكره فكذلك لانه لاينزل ما يخلق منه الولد وقال اصحابنا يلحقه وفيه بعد قالوا لانه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقا

ولنا ان هذا لايخلق منه الولد عادة ولا وجد ذلك فاشبه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بايلاج لايخلق منه الولد فهو كما لو اولج اصبعه . فأما ان قطع ذكره وحده فقد قيل يلحقه الولد لانه يمكن ان يساحق فينزل ما يخلق منه الولد فيدخل الماء الى فرج المرأة ولهذا الحقنا ولد الامة بسيدها اذا اعترف بوطئها فيما دون الفرج

ولنا ان من سقط حقه باللعان اشترط ذكره فيه كالمراة . والمرأة احد الزوجين فكان ذكر الولد شرطاً في لعانها كالزوج ولانهما متحالفان على شيء فاشترط ذكره في تحالفهما كالمختلفين في اليمين وظاهر كلام الخرقي انه يكتفى بقول الزوج وما هذا الولد ولدي ومن المرأة بقولها وهذا الولد ولده . وقال القاضي يشترط ان يقول هذا الولد من زنا وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لانه قد يريد بقوله ليس هو مني يعني خلقا وخلقا ولم نقتصر على قوله من زنا لانه قد يعتقد ان الوطء في نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً

ولنا انه نفى الولد في اللعان فاكتفى به كما لو ذكر اللفظين .وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي الاحتمال بضم احدى اللفظتين الى الاخرى فانه اذا اعتقد انه من وطء فاسد واعتقد ان ذلك زنا صح منه ان يقول اللفظين جميعاً وقد يريد انه لا يشبهني خلقا وخلقاً او أنه من وطء فاسد . فان لم يذكر الولد في اللعان لم ينتف عنه وان اراد نفيه اعاد اللعان ويذكر نفي الولد فيه

(فصل) واذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما واذا لاعنها سقط الحد عنه لهما سواء ذكر الرجل في لعانه او لم يذكره وان لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وأيهما طالب حد له ومن لم يطالب فلا يحد له كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة وبهذا قال ابوحنيفة ومالك الا في انه لا يسقط حده بلعانها. وقال بعض اصحابنا القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لان هلال بن امية قذف زوجته بشريك بن سحماء فلم يحده النبي ﷺ ولا عزره له

وقال بعض اصحاب الشافعي يجب الحد وهل يجب حد واحد او حدان ؟ على وجهين.وقال

ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك كنحو ماذكرنا من الاختلاف عندنا . وقال ابن اللبان لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور وقال بعضهم يلحقه بالفراش وهو غلط لان الولد انما يلحق بالفراش اذا امكن ، الا ترى انها اذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المني من المسلول وتعذر اتصال المني الى قعر الرحم من المجبوب ولا معنى لقول من قال يجوز ان تستدخل المرأة مني الرجل فتحبل لان الولد مخلوق من مني الرجل والمراة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منها واذا استدخلت المني بغير جماع لم يحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منهما، ولو صح ذلك لكان الاجنبيان الرجل والمراة اذا تصادقا انها استدخلت منيه وان الولد من ذلك المني يلحقه نسبه وماقال ذلك احد ، والذي ذكره ابن اللبان انما يصح اذا استدخلت منيه من غير مباشرة. فأما مع المباشرة والمساحقة فيمكن ان يحدث لها شهوة ينزل المني معها فتحبل فلا يشبه ماذكره من الاصل والله اعلم

(مسئلة) (وان طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ولأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها ففيه وجهان)

(أحدهما) لا يلحقه بنسبه وينتفي عنه بغير لعان لأنها علقت به بعد طلاقه فأشبهت البائن

بعضهم لا يجب الا حد واحد قولا واحداً . ولا خلاف بينهم انه اذا لاعن وذكر الاجنبي في لعانه انه يسقط عنه حكمه وان لم يذكره فعلى وجهين

ولنا ان اللعان بينة في احد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة . ولان به حاجة الى قذف الزاني لما افسد عليه من فراشه وربما يحتاج الى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي ﷺ على صدق هلال بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب ان يسقط حكم قذفه ما اسقط حكم قذفها قياساً له عليها

(فصل) ولو قذف امرأته واجنبية او اجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ومن حد الزوجة بالبينة او اللعان . وان قذفهما بكلمة فكذلك الا انه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً او حدين ؟ على روايتين (احداهما) يحد حداً واحداً وبه قال ابو حنيفة والشافعي في القديم . وزاد ابوحنيفة سواء كان بكلمة و بكلمات لانها حدود من جنس فوجب ان تتداخل كحدود الزنا (والثانية) ان طالبوا مجتمعين فحد واحد وان طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لانهم اذا اجتمعوا في الطلب امكن ايفاؤهم بالحد الواحد واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب لانه لا يجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه . وقال الشافعي في الجديد يقام لكل واحد حد بكل حال لانها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون

ولنا انه اذا قذفهما بكلمة واحدة يجزيء حد واحد لانه يظهر كذبه في قذفه وبراءة عرضهما من رميه بحد واحد فأجزأ كما لو كان القذف لواحد . واذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لانهما قذفان

(والثاني) يلحقه لانها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء والحل في رواية فأشبهت ما قبل الطلاق، فأما ان وضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة لم يلحق به لانها حملت به بعد زوال الفراش وكذلك ان كان الطلاق بائناً فوضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق فانه ينتفي عنه بغير لعان ولا يلحقه لذلك

(فصل) إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت الى الاول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والاولاد له لانهم ولدوا على فراشه ، روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي واسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة ، قال الولد للأول لأنه صاحب الفراش لان نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبه الأجنبي

ولنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الاجنبي فانه ليس له نكاح

لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد حد الاول . وهكذا الحكم فيما اذا قذف اجنبيتين او اجنبيات فالتفصيل فيه على ماذكرناه . وان قذف اربع نسائه فالحكم في الحد كذلك وان اراد اللعان فعليه ان يلاعن لكل واحدة لعانا مفرداً ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فان طالبن جميعاً وتشاححن بدأ باحداهن بالقرعة وان لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح . ويحتمل ان يجزئه لعان واحد فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الاربع من الزنا وتقول كل واحدة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لانه يحصل المقصود بذلك . والاول اصح لان اللعان ايمان فلا تتداخل لجماعة كالايمان في الديون

(فصل) ولو قال لزوجته يازانية بنت الزانية فقد قذفها وقذف امها بكلمتين والحكم في الحد لهما على مامضى من التفصيل فيه فان اجتمعا في المطالبة ففي ايتهما يقدم؟ فيه وجهان (احدهما) الام لان حقها آكد لكونه لايسقط الا بالبينة ولان لها فضيلة الامومة (والثاني) تقديم البنت لانه بدأ بقذفها ومتى حد لاحداهما ثم وجب عليه الحد للاخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الاولى فان قيل ان الحد ههنا حق لآدمي فلم لا يوالى بينهما كالقصاص فانه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ولم نؤخره؟ قلنا لان حد القذف لايتكرر بتكرر سببه قبل اقامة حده فالموالاة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه . والقصاص يجوز ان تقطع الاطراف كلها في قصاص واحد فاذا جاز لواحد فلاثنين اولى

(فصل) وان قذف محصنا مرات فحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا آخر او كرر القذف

(فصل) ولو وطيء رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ، وقال القاضي وجدت بخط أبي بكر أنه لا يلحق به لان النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ، ولانه وطء لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه الواطيء كالزنا ، والصحيح في المذهب الأول ، قال أحمد كل من درأت عند الحد ألحقت به الولد ولانه وطء اعتقد الواطيء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد ، وفارق وطء الزنا فانه لا يعتقد الحل فيه .

(فصل) ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطيء لانه يعتقد حله فلحق به النسب كالواطيء في نكاح فاسد وقال أبو بكر لا يكون الولد للواطيء وإنما يكون للزوج وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لان الولد للفراش .

ولنا أن الواطيء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما

بالاول لانهما حدان ترادف سببهما فتداخلا كالزنا مراراً وان قذفه فحد له ثم قذفه مرة اخرى بذلك الزنا فلا حد عليه لانه قد تحقق كذبه فيه بالحد فلا حاجة الى اظهار كذبه فيه ثانيا ولما جلد عمر ابا بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة اعاد قذفه فهم عمر باعادة الحد عليه فقال له علي ان جلدته فارجم صاحبه فتركه، ولكنه يعزر تعزير السب والشتم · وذكر القاضي أن فيه رواية اخرى ان عليه الحد ثانيا لانه قذف ثان بعد اقامة الحد عليه فأشبه مالو قذفه بزنا ثان . واما ان قذفه بزنا آخر فعليه حد آخر لانه قذف لمحصن لم يحد فيه فوجب ان يتعقبه الحد كالاول ولان سبب الحد وجد بعد اقامته فأعيد عليه كالزنا والسرقة .وعن احمد رواية اخرى لاحد عليه في الثاني لانه حد لصاحبه مرة فلا يعاد عليه الحد كما لو قذفه بالزنا الاول . وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم وهذه الرواية الثانية فيما اذا تقارب القذف الثاني من الحد، فاما اذا تباعد زمانهما وجب الحد بكل حال لانه لايجوز أن يكون حده مرة من اجله فوجب اطلاق عرضه له، ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا الا أنهم حكوا عن الشافعي فيما اذا اعاد القذف بزنا ثان قبل اقامة الحد قولين (احدهما) يجب حد واحد (والثاني) يجب حدان فاما ان قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها فعليه الحد للقذف الاول ولاشيء عليه للثاني في قول ابي بكر وحكي نحو ذلك عن الزهري والثوري واصحاب الراي لانه لو قذف اجنبية قذفين لم يجب عليه اكثر من حد واحد واختار القاضي انه ان قذفها بالزنا الاول لم يكن عليه اكثر من حد واحد وليس له اسقاطه الا بالبينة، وان قذفها بزنا آخر فهو على الروايتين فيما اذا قذف الاجنبية ثم حد لها ثم قذفها بزنا آخر فان قلنا يجب حدان فطالبت المراة بموجب القذف الاول فأقام به بينة

لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه .

(فصل) وان وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطيء وانتفى عن الزوج من غير لعان ، وعلى قول أبي بكر وأبي حنيفة يلحق الزوج لان الولد للفراش، وان أنكر الواطيء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لانه لا يمكن الحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد، وان أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لانا نعلم أنه ليس من الواطيء ، فان اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لان الولد للفراش وقد أمكن كونه منه وان ادعى الزوج أنه من الواطيء فقال بعض أصحابنا يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالواطيء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين وان ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطيء نفيه عن نفسه، وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين ، فان لم يوجد قافة أو اشتبه عليهم لحق الزوج لان المقتضي للحاق

سقط عنه حده ولم يجب في الثاني حد لانها غير محصنة وان لم يقم بينة حد لها ومتى طالبته بموجب الثاني فأقام به بينة او لاعنها سقط والا وجب عليه الحد ايضاً لان هذا القذف موجبه غير موجب الاول فان الاول موجبه الحد على الخصوص والثاني موجبه اللعان والحد وان بدات بالمطالبة بموجب الثاني فأقام بينة به أو لاعن سقط حده ولها المطالبة بموجب الاول فان اقام به بينة والا حد

قال القاضي : ان اقام بالثاني بينة سقط موجب الاول وهو مذهب الشافعي لانها صارت غير محصنة ولا يثبت لها حد المحصنات

ولنا ان سقوط احصانها في الثاني لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك كما لو استوفى حده قبل اقامة البينة ولعل هذا ينبني على ما اذا قذف رجلا فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف ، وان لم يقم بينة عليهما ولم يلتعن للثاني لم يجب الا حد واحد نص عليه احمد . ولانهما حدان من جنسين ترادفا فلم يقم احدهما فتداخلا كما لو قذفها وهي اجنبية قذفين ولو قذف زوجته فحد لها ثم اعاد قذفها بذلك الزنا لم يحد لها لما ذكرنا في اعادة قذف الأجنبي لكن يعزر للاذى والسب وليس له اسقاط التعزير باللعان لانه تعزير سب لا تعزير قذف الا على الرواية التي تلزم الاجنبي حدان باعادة القذف فانه يلزمه ههنا حد وله اسقاطه باللعان . وان ولد له ولد بعد حده فذكرانه من ذلك الزنا فله اللعان لاسقاطه على كلتا الروايتين لانه محتاج الى نفيه ، وان قذفها في الزوجية قذفين بزناءين فليس عليه الا حد واحد ويكفيه لعان واحد لانه يمين فاذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة لكنه يحتاج ان يقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزناءين، وفارق ما اذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد لان اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الايمان . وان اقام

النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب اثبات حكمه، ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لان دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالته لمعارضة دلالة ضعيفة

(فصل) فان أتت امرأته بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فان كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال ، وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الاول لم يلحق به أيضاً وان وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفي عنهما وان كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده، وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فان ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان وان ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق بالزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه وان ادعى العزل الا أن يدعي الاستبراء وهل يحلف ؟ على وجهين)

من اعترف بوطء أمته في الفرج صارت فراشاً له فاذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه نسبه وبهذا قال

البينة بالاول سقط عنه موجب الثاني لانه زال احصانها ولا لعان الا ان يكون فيه نسب يريد نفيه وان اقامها بالثاني لم يسقط الحد الاول وله اسقاطه باللعان الا على قول القاضي فانه يسقط باقامة البينة على الثاني ؛ وان قذفها في الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لانه قد حققه بلعانه ويحتمل ان يحد كما لو قذفها به اجنبي وهو قول القاضي، ولو قذفها به اجنبي او بزنا غيره فعليه الحد في قول عامة اهل العلم منهم ابن عباس والزهري والشعبي والنخعي وقتادة ومالك والشافعي وابو عبيد ؛ وذكر ابو عبيد عن اصحاب الرأي انهم قالوا ان لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها وان نفاه فلا حد على قاذفها لانه منتف عن زوجها بالشرع

ولنا ماروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من رماها او ولدها فعليه الحد » رواه ابو داود وهذا نص فانه نص على من رماها مع ان ولدها منفي عن الملاعن شرعا ولانه لم يثبت زناها ولا زال احصانها فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وكما لو لم ينف ولدها . فأما ان اقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا او بغيره فلا حد عليه لانه قد زال احصانها ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها وانما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والاذى وهكذا كل من قامت البينة بزناه لاحد على قاذفه وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه . وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لانها بانت منه باللعان وصارت اجنبية الا ان يضيف الزنا الى حال الزوجية فعند ذلك ان كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما

مالك والشافعي وقال الثوري وأبو حنيفة لا تصير فراشاً حتى يقر بولدها فاذا أقر به صارت فراشاً ولحقه أولاده بعد ذلك لأنها لو صارت فراشاً بالوطء لصارت فراشاً باباحته كالزوجة

ولنا أن سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ، فقال هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ، وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه قال مابال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعزلون لاتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا ، ولان الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة فاذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشاً كالنكاح ، ولان المرأة إنما سميت فراشاً تجوزاً اما لمضاجعته لها على الفراش واما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الأمرين يحصل في الجماع ، وقياسهم الوطء على الملك لايصح لان الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تنعقد في محل يحرم الوطء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه. إذا ثبت هذا فانه اذا أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وان ادعي أنه كان يعزل عنها لحقه النسب ولم ينتف عنه

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان التعن هو ولم تلتعن هي فلا حد عليها والزوجية بحالها)

وجملة ذلك انه اذا لاعنها وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها وبه قال الحسن والاوزاعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن الحارث العكلي وعطاء الخراساني . وذهب مكحول والشعبي ومالك والشافعي وأبو عبيد وابو ثور وابو اسحاق الجوزجاني وابن المنذر الى ان عليها الحد لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات) والعذاب الذي يدرؤه لعانها هو الحد المذكور في قوله سبحانه (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ولانه بلعانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا انه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن . ودليل ذلك ان تحقيق زناها لا يخلو اما ان يكون بلعان الزوج او بنكولها او بهما لا يجوز ان يكون بلعان الزوج وحده لانه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولانه اما يمين واما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز ان يثبت بنكولها لان الحد لا يثبت بالنكول فانه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها وذلك لان النكول يحتمل ان يكون لشدة خفرها او لعقلة على لسانها اوغير ذلك فلا يجوز اثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم ان يصفوا صورة الفعل وان يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلا الى اسقاطه ولا يجوز ان يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا

بذلك لما روى جابر قال جاء رجل من الانصار إلى رسول الله ﷺ فقال ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال له النبي ﷺ « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود ولما ذكرنا من حديث عمر وروي عن أبي سعيد أنه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ، ولانه حكم تعلق بالوطء فلم يعتبر معه الانزال كسائر الاحكام وقد قيل انه ينزل من الماء مالا يحس به ، فأما ان أقر بالوطء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشاً لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص

وروي عن أحمد أنها تصير فراشاً لانه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لان من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعي انقضاء عدتها، وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولان الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق، ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قوليه له نفيه باللعان لانه ولد لم يرض به فأشبه ولد المرأة

الاقوال مع ان الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضي به في اعظم الامور وأبعدها ثبوتا واسرعها سقوطا ولانها لو اقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها اولى . ولا يجوز ان يقضى فيه بهما لان ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق . ولان ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم احدهما الى الآخر فان احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن النطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج . والعذاب يجوز ان يكون الحبس او غيره فلا يتعين في الحد وان احتمل ان يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه ان الحد على من زنا وقد احصن اذا كانت بينة او كان الحمل او الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي انها تحبس حتى تلتعن او تقر اربعاً . قال احمد : فإن ابت المرأة ان تلتعن بعد التعان الرجل اجبرتها عليه وهبت ان احكم عليها بالرجم لأنها لو اقرت بلسانها لم ارجمها اذا رجعت فكيف اذا ابت اللعان ؟ ولا يسقط النسب الا بالتعانهما جميعاً لان الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية اصح وهذا قول من وافقنا في انه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى (ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله) فيدل على انها اذا لم تشهد لا يندرىء عنها العذاب

(والرواية الثانية) يخلى سبيلها وهو قول ابي بكر لانه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة . فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي مالم يتم اللعان بينهما في قول عامة اهل العلم الا الشافعي فانه تقضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل وقد ذكرنا ذلك

ولنا قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) فخص بذلك الازواج ولانه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطيء أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولان له طريقا الى نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج الى نفيه باللعان فلا يشرع ولانه لو وطيء امته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل ان يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالامكان فكيف مع الظهور ووجود نسبه؟ فان ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معا لانه لا يمكن جعل احدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع اقراره به فوجب الحاقهما به معاً وكذلك لو اتت التي لم يعترف بوطئها بولدين توامين فاعترف باحدهما ونفى الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (وان اعتقها او باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة اشهر من حين العتق او البيع فهو ولده)

لانها حملت به وهي فراش لان اقل الحمل ستة اشهر فاذا اتت به لاقل من ذلك علم ان حملها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وكذلك ان أقرت دون الاربع مرات)

وجملته ان الرجل اذا قذف امراته فصدقته واقرت بالزنا مرة او مرتين او ثلاثا لم يجب عليها الحد لانه لايثبت الا باقرار اربع مرات على مايذكر في الحدود ثم ان كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لان اللعان كالبينة انما يقام مع الانكار وان كان بعد لعانه لم تلاعن هي لانها لاتحلف مع الاقرار وحكمها حكم مالو امتنعت من غير اقرار وبهذا قال ابوحنيفة وقال الشافعي ان صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له ان يلاعن الا ان يكون ثم نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه فان كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على ان النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فان الحد باقرار مرة وهذه الاصول قد مضى اكثرها ولو اقرت اربعاً وجب الحد ولا لعان بينهما اذا لم يكن ثم نسب ينفى وان رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وابو ثور واصحاب الراي فان الرجوع عن الاقرار بالحد مقبول وليس له ان يلاعن للحد فانه لم يجب عليه لتصديقها اياه وان اراد لعانها لنفي نسب فظاهر قول الخرقي انه ليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو قول اصحاب الراي

وقال الشافعي له لعانها لنفي النسب فيها كلها لانها لو كانت عفيفة صالحة فكذبته ملك نفي ولدها فاذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها اولى ووجه الاول ان نفي الولد انما يكون بلعانهما معاً وقد تعذر اللعان منهما ولانها لاتستحلف على نفي ماتقربه فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان

(فصل) ولو قال لامرأته يازانية فقالت بك زنيت فلاحد عليها ولاعليه . وقال اصحاب الشافعي

كان قبل بيعها فيلحق النسب به كما لو لم يبعها وتصير ام ولد والبيع باطل لانها صارت ام ولد

﴿ مسئلة ﴾ (وكذلك ان لم يستبرئها فأتت به لاكثر من ستة اشهر فادعى المشتري انه منه سواء ادعاه البائع او لم يدعه)

لانه وجد منه سببه وهو الوطء ولم يوجد مايعارضه ولايمنعه فتعين احالة حكمه عليه والحاق الولد بمن وجد السبب منه سواء ادعاه البائع او لا

﴿ مسئلة ﴾ (وان استبرئت ثم اتت بولد لاكثر من ستة اشهر لم يلحقه نسبه)

لان الاستبراء يدل على براءتها من الحمل وقد امكن ان يكون من غيره لوجود مدة الحمل بعد الاستبراء مع قيام الدليل على ذلك ، فاما ان اتت به لاقل من ستة اشهر فقد علمنا انها كانت حاملا في زمن الاستبراء فيكون الاستبراء غير صحيح وتكون بمنزلة من لم يستبرئها وكذلك ان لم يستبرىء ولم يقر المشتري له به لانه ولد امة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له الا باقرار من المشتري

عليه حد القذف لانه يحتمل انها ارادت بذلك نفي الزنا عن نفسها كما يستعمل اهل العرف فيما اذا قال قائل سرقت قال معك سرقت اي انا لم اسرق لكونك انت لم تسرق

ولنا انها صدقته في قذفه اياها فأشبه مالو قال صدقت ولا حد عليها لان حد الزنا لايثبت الا بالاقرار اربع مرات وليس عليها حد القذف لانها لم تقذفه وانما اقرت على نفسها بزناها به ويمكن ذلك من غير كونه زانياً بأن يظنها زوجته وهي عالمة انه اجنبي ولانه يحتمل ان تريد نفي ذلك عنهما كما ذكروه او انه لم يطأني سواك فان لم يكن زنا فأنت شريكي فيه ولا يجب الحد مع الاحتمال ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها وجوبه عليها مع الاحتمال فان الحد يدرأ بالشبهات ولا يجب بها . ولو قال يازانية فقالت انت ازنى مني فقال ابو بكر فيها كالتي قبلها لاحد على الزوج بتصديقها له ولا على المرأة لما ذكرنا في التي قبلها

وقال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي ليس قولها قذفا قال الشافعي الا ان تريد القذف لانه يحتمل ان تريد انه اصابني وهو زوجي فان كان ذلك فهو ابلغ مني فيه . وقال القاضي عليها حد لقذفها ولا حد عليه لتصديقها اياه وقد اتت بصريح قذفه بالزنا فوجب عليها الحد كما لو قالت انت زان والاحتمال مع التصريح بالقذف لايمنع الحد كما لو قالت انت زان . فأما ان قال يازانية فقالت بل انت زان فكل واحد منهما قاذف لصاحبه عليه حد القذف الا ان المراة لاتملك اسقاط حدها الا بالبينة والزوج يملك اسقاطه ببينة او لعان

﴿ مسئلة ﴾ (فاما ان لم يكن البائع اقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال سواء ولدته لستة اشهر او لاقل منها)

لانه يحتمل ان يكون من غيره وان اتفقا على انه ولد البائع لحقه لان الحق لهما فيثبت باتفاقهما

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعاه البائع فهو عبد للمشتري)

لا يقبل دعوى البائع في الايلاد لان الملك انتقل الى المشتري في الظاهر فلا يقبل قول البائع فيما يبطل حقه كما لو باع عبداً ثم اقر انه كان اعتقه والقول قول المشتري مع يمينه لانه منكر . وهل يلحق البائع نسبه ؟ على وجهين (احدهما) يلحقه مع كونه عبداً للمشتري لانه يجوز ان يكون ابناً لواحد مملوكا لآخر كولد الامة المزوجة (والثاني) لايلحقه لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو اعتقه كان ابوه احق بميراثه منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطىء المجنون من لاملك له عليها ولا شبهة ملك فأتت بولد لم يلحقه نسبه لانه لايسند الى ملك ولا اعتقاد اباحة فان اكرهها على الوطء فعليه مهر مثلها كالمكلف لان الضمان يستوي فيه المكلف وغيره والله اعلم

كتاب العدد

الاصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والاجماع .أما الكتاب فقول الله تعالى [١] والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله تعالى(والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وأما السنة فقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » وقال لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم » في آي وأحاديث كثيرة وأجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة وانما اختلفوا في أنواع منها وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) ولان العدة تجب لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا وهكذا كل فرقة في الحياة كالفسخ لرضاع أو عيب أو عتق أو لعان أو اختلاف دين

(فصل) وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم وقال أبو حنيفة ان لم تكن من دينهم لم تلزمها لانهم لا يخاطبون بفروع الدين

كتاب العدد

الاصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ، وقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وقوله سبحانه (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشرا) واما السنة فقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشر » وقال لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن ام مكتوم » في آي واحاديث كثيرة واجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة وانما اختلفوا في انواع منها

﴿ مسئلة ﴾ (كل امرأة فارقها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة بها فلا عدة عليها)

اجمع العلماء على ذلك لقول الله تعالى (ياايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها) ولان العدة انما وجبت في الاصل لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا

ولنا عموم الآيات ولانها بائن بعد الدخول أشبه المسلمة وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الامصار منهم مالك والثوري والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومن تبعهم الا ما روي عن مالك أنه قال تعتد من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولانها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة

(فصل) والمعتدات ثلاثة أقسام :

(معتدة) بالحمل وهي كل امرأة حامل من زوج اذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

(والثاني) معتدة بالقروء وهي كل معتدة من فرقة في الحياة أو وطء في غير نكاح اذا كانت ذات قرء فعدتها القرء لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

(والثالث) معتدة بالشهور وهي كل من تعتد بالقرء اذا لم تكن ذات قرء لصغر أو اياس لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) وذات القرء اذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر الحمل وعدة الآيسة وكل من

(فصل) وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم . وقال ابو حنيفة ان لم يكن من دينهم لم يلزمها لانهم لايخاطبون بفروع الاسلام

ولنا عموم الآيات ولانها بائن بعد الدخول اشبهت المسلمة . وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الامصار منهم الثوري والشافعي وابو عبيد واصحاب الرأى وهو قول مالك . وروي عنه انه قال تعتد من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا) ولانها معتدة من الوفاة اشبهت المسلمة

﴿ مسئلة ﴾ (وان خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما او باحدهما مانع من الوطء كالاحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجب والعنة او لم يكن الا ألا يعلم بها كالاعمى والطفل فلا عدة عليها)

وجملة ذلك ان العدة تجب على من خلا بها زوجها ولم يمسها ولا خلاف بين اهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فاما ان خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فان العدة تجب عليها روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والاوزاعي واسحاق واصحاب الرأي والشافعي في قديم قوله وقال في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى

توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا)

(فصل) وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وروي عن ابن عباس ان عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة فأشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وعروة وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وأبان بن عثمان واسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ، ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة ، رواه النسائي وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك وأن عثمان قضى به رواه النسائي وابن ماجه

ولنا قول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولانها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي

(يأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ولانها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة فروى الامام احمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن اوفى قال قضى الخلفاء الراشدون ان من ارخى ستراً او اغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الأثرم ايضا عن عمر وعلي . وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعا وضعف احمد ماروي في خلاف ذلك وقد ذكرناه في الصداق ولانه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الاحكام المتعلقة كعقد الاجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لانه لم يوجد منها التمكين ولا فرق بين ان يخلو بها مع المانع من الوطء او مع عدمه وسواء كان المانع حقيقيا كالجب والعنه والرتق او شرعيا كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار لان الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الاصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وان لم يطأ وقد روي عن احمد ان الصداق لايكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة . وروي عنه ان صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على ان المانع متى كان متأكداً كالاحرام وشبهه منع كمال الصداق ولم تجب العدة لان الخلوة انما اقيمت مقام المسيس لانها مظنة له ومع المانع لاتتحقق المظنة

فانهما قالا عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة مطلقة وهو أصح عنه

(فصل) والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد وبهذا قال الشافعي لان وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها كيلا يفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لانها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحائض

(فصل) والمزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهذا قول مالك وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لا عدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك

ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة وأما وجوبها كعدة المطلقة فلانها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة كالموطوءة بشبهة وقولهم انما تجب لحفظ النسب لا يصح فانها لو اختصت بذلك لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء

﴿ مسئلة ﴾ (الا ألا يعلم بها كالاعمى والطفل فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لان المظنة لا تتحقق وكذلك ان كانت صغيرة لا يوطأ مثلها او لم تكن مطاوعة لعدم تحقق المظنة مع ظهور استحالة المسيس والمعتدات على ستة اضرب (احدها) اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن حرائر كن او اماء من فرقة الحياة او الممات)

كل امرأة حامل من زوج اذا فارقت زوجها بطلاق او فسخ او موته عنها حرة كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهذا إجماع أهل المدينة إلا أنه روي عن ابن عباس وعن علي من وجه أن المتوفى عنها زوجها تعتد بأطول الاجلين وقاله أبو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله ، وقد روي أن ابن عباس رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ، وحكي عن اسحاق وحماد أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول وقالوا لو بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ، ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وروي عن أبي كعب قال قلت للنبي ﷺ (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) للمطلقة ثلاثاً والمتوفى عنها زوجها ، قال « هي للمطلقة ثلاثاً والمتوفي عنها وقال ابن مسعود من شاء باهلته

الامة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجبت لذلك لكان استبراء الامة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك فالحاجة اليها داعية فان المزني بها اذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب

(مسئلة) قال رحمه الله تعالى (واذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (احدها) ان العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وان لم يمسها ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فأما ان خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فان مذهب أحمد وجوب العدة عليها وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين وعطاء والزهري والثوري والاوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي والشافعي في قديم قوليه وقال الشافعي في الجديد لا عدة عليها لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وهذا نص ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها

ولنا اجماع الصحابة روى الامام أحمد والاثرم باسنادهما عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء

أو لاعنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) نزلت بعد التي في سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً) يعني أن هذه الآية هي الاخيرة فتقدم على ما خالفها من عموم الآية المتقدمة ويخص بها عمومها . وروى عبد الله بن الارقم أن سبيعة الاسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ؟ انك والله ما أنت بنا كح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت على ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج إن بدا لي . متفق عليه . قال ابن عبد البر هذا حديث حسن صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روي عن ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع ولانها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة يحققه أن العدة انما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الاشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي به العدة ولانه لاخلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

(فصل) وإذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه وان ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لانها لا تكون واضعة لحملها حتى يخرج كله وان كان الحمل اثنين أو أكثر

الراشدون أن من أرخى ستراً أو أغلق باباً فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الاثرم أيضاً عن الاحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت اجماعاً ، وضعف أحمد ما روى في خلاف ذلك وقد ذكرناه في كتاب الصداق ولانه عقد على المنافع فالتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الاحكام المتعلقة كعقد الاجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لانه لم يوجد منها التمكين

(فصل) وظاهر كلام الخرقي انه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه سواء كان المانع حقيقياً كالجب والعنة والفتق والرتق أو شرعياً كالصوم والاحرام والحيض والنفاس والظهار لان الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الاصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وان لم يطأ، وقد روي عن احمد ان الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة وروي عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالاحرام وشبهه منع كمال الصداق ولم تجب العدة لان الخلوة انما أقيمت مقام المسيس لانها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة، وأما ان خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كان أعمى فلم يعلم بها فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لان المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس

(الفصل الثاني) ان عدة المطلقة اذا كانت حرة وهي من ذوات القروء ثلاثة قروء بلا خلاف

لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لان الحمل هو الجميع، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فانهما قالا تنقضي عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها قيل له أفتتزوج ؟ قال لا قال قتادة خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى أن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فاذا علم وجود الحمل فقد تبين وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولانها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فان وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنه لم يبق معها حمل لان الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

﴿ مسئلة ﴾ (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان فان وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء انه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي به العدة؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم تخل من خمسة أحوال

(أحدها) أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس واليد والرجل فتنقضي به العدة بغير خلاف بينهم ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن عدة المرأة تنقضي بالسقط اذا علم أنه

بين أهل العلم وذلك لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) والقرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب القروء الاوقات الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لان كل واحد منهما يأتي لوقت . قال الشاعر :

كرهت العقر عقر بني تميم اذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت اذا دنا طهرها وفي الحديث عن النبي ﷺ « دعي الصلاة أيام اقرائك فهذا الحيض » وقال الشاعر :

مورثة عزا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد فروي انها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي عبيد واصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابي بكر الصديق وعثمان بن عفان رضي الله عنهما وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء قال القاضي الصحيح عن أحمد أن الاقراء الحيض واليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار فقال في رواية النيسابوري كنت أقول إنه الاطهار وأنا أذهب اليوم الى أن الاقراء الحيض وقال في رواية الاثرم كنت أقول الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر (والرواية الثانية) عن أحمد أن القروء الاطهار وهو قول

ولد وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأحمد واسحاق، قال الاثرم قلت لابي عبد الله اذا نكس في الخلق الرابع يعني تنقضي به العدة فقال إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن اذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لانه اذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

(الحال الثاني) ألقت نطفة او دما لاتدري هل هو ما يخلق منه آدمي اولا فهذا لايتعلق به شيء من الاحكام لانه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة ولا بالبينة

(الحال الثالث) ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الاول

(الحال الرابع) ألقت مضغة لاصورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فاختلفت الرواية عن أحمد فنقل مهنا وابو طالب أن عدتها لاتنقضي به ولا تصير به ام ولد لانه لم يبن فيه خلق آدمي أشبه الدم ، وقد ذكر هذا قولا للشافعي وهو اختيار ابي بكر ، ونقل الاثرم عن أحمد أن عدتها لاتنقضي به ولكن تصير أم ولد لانه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ولم يجز بيع الامة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها أم ولد احتياطا ولا تنقضي

زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وابان بن عثمان وعمر ابن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وأبي ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن ما أدركت احدا من فقهائنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع أحمد الى أن القروء الاطهار قال في رواية الأثرم رأيت الاحاديث عمن قال القروء الحيض تختلف و لاحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة احاديثها صحاح وقوية ، واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أي في عدتهن كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أي في يوم القيامة وانما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل عليه قول النبي ﷺ في حديث ابن عمر « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فان شاء طلق وان شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » متفق عليه وفي رواية ابن عمر « فطلقوهن في قبل عدتهن » ولانها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق وكعدة الآيسة والصغيرة

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالاشهر فدل ذلك على أن الاصل الحيض كما قال تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا) الآية ولان المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض قال النبي ﷺ « تدع الصلاة أيام اقرائها » رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبي حبيش « انظري فاذا أتى قرؤك فلا تصلي واذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء الى القرء » رواه النسائي ولم يعهد

العدة احتياطا وقال حنبل انها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لانهم شهدوا بانه خلقة آدمي أشبه مالو تصور، قال شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية في العدة لانه لم يذكرها ولم يتعرض لها

(الحال الخامس) أن تضع مضغة لاصورة فيها ولم تشهد القوابل بانها مبتدأ خلق آدمي فلا تنقضي به العدة ولا تصير به الامة أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينه ولا مشاهدة فأشبه العلقة ولا تنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال سواء كان نطفة او علقة وسواء قيل إنه بدء خلق آدمي او لم يقل نص عليه احمد فقال: اما اذا كان علقة فليس بشيء انما هو دم لا تنقضي بها عدة ولا تعتق بها امة ولا نعلم في هذا مخالفا الا الحسن فانه قال : اذا علم انها حمل انقضت به العدة ، وفيه الغرة والاول أصح وعليه الجمهور

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتت بولد لايلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض به العدة وعنه تنقضي وفيه بعد)

اذا أتت بولد بعد أربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ او انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لانا نعلم انها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت أجنبية منه فأشبهت سائر الاجنبيات، فعلى هذا لاتنقضي به العدة وهو ظاهر كلام الخرقي لانه ينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها به كما لو أتت به لاقل من ستة أشهر منذ نكحها، وقال ابو الخطاب هل تنقضي

في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة طلقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وغيره ، فان قالوا هذا يرويه مظاهر بن مسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه وهو نص في عدة الامة فكذلك عدة الحرة ولان ظاهر قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب ثلاثة لانه يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجب ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولان العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الامة وذلك لان الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به ، فان قيل لا نسلم ان استبراء الامة بالحيضة وانما هو بالطهر الذي قبل الحيضة كذلك قال ابن عبد البر وقال قولهم ان استبراء الامة حيضة باجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت ان دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولان الاستبراء تعرف براءة الرحم وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولان العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالطهر كوضع الحمل

به العدة ؟ على وجهين ، وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي لانه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة وان لم يلحق به كالولد المنفي باللعان ، وبهذا فارق الذي أتت به لاقل من ستة أشهر فانه ينتفي عنه يقينا ، ثم ناقضوا قولهم فقالوا لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولأكثر من أربع سنين من حين بانت من الاول فالولد منتف عنهما ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما، وهذا أصح فان احتمال كونه منه لم يكف في اثبات نسب الولد منه مع انه يثبت بمجرد الامكان فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه، وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به قبل ستة أشهر غير صحيح فانه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو نكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا، واما المنفي بلعان فاننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة اليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة اليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء العدة من الاحكام المتعلقة بها دونه فثبت

(فصل) فاما امرأة الطفل الذي لا يولد لمثله اذا مات عن زوجة فولدت لم يلحقه نسبه ولم تنقض به عدتها وتعتد بالاشهر وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال ابو حنيفة ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به ، وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة

يحققه ان العدة مقصودها معرفة براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه ، فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيحتمل أنه اراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق سبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم على الحكم فلا يوجد قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء الحيض

(الفصل الثالث) ان الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها بغير خلاف بين اهل العلم لان الله تعالى امر بثلاثة قروء فتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ماتتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ولان الطلاق انما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسبت بتلك الحيضة قرءاً كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما ومن قال القروء الاطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً فلو طلقها وقد بقي من قرئها لحظة حسبها قرءاً وهذا قول كل من قال القروء الاطهار الا الزهري وحده قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه، وحكي عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم يحتسب ببقيته لانه زمن حرم فيه الطلاق فلم يحتسب به من العدة كزمن الحيض

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر اضر بها وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لان تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير

وذكره ابن أبي موسى قال ابو الخطاب وفيه بعد، وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج امرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فانها لا تعتد بوضعه عندنا وعنده تعتد به، واحتج بقوله سبحانه (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقينا فلم تعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه . اذا ثبت هذا فان عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء بشبهة او كان من زنا لا يلحق بأحد لان العدة تجب من كل وطء فاذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لان العدة من رجلين لا يتداخلان ، وان كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فانها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، وكذلك اذا طلق الخصي المجبوب امرأته او مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على ما بيناه ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام احمد أن الولد يلحق به لانه قد يتصور منه الانزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل، فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة، والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد لانه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ تسع سنين، وكذلك اذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم ثم طلقها في المجلس او تزوج

العلة معلولا وانما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فان الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج ان تعتد بثلاث حيض بعدها أو ثلاثة أطهار على الرواية الاخرى ، ولو قال لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك أو انقضت حروف الايقاع ولم يبق من الطهر الا زمن الوقوع فانها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق لان العدة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قارنه ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لانها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءا ، وان اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل وقد بقي منه بقية فالقول قولها لان قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة

﴿مسئلة﴾ قال (فاذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للازواج)

حكى أبو عبد الله بن حامد في هذه المسئلة روايتين (احداهما) أنها في العدة ما لم تغتسل فيباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال أحمد : عمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من

المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لم يلحقه ولا تنقضي به العدة وقد ذكرناه في الباب الذي قبله وذكرنا الخلاف فيه ، وانقضاء العدة مبني على لحوق النسب

﴿ مسئله ﴾ (وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثرها أربع سنين وعنه سنتان)

انما كان أقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الاثرم باسناده عن أبي الاسود أنه رفع الى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال الله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لا رجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد ، ورواه الأثرم أيضاً عن عكرمة ان ابن عباس قال ذلك قال عاصم الاحول قلت لعكرمة انه بلغنا ان عليا قال هذا قال فقال عكرمة لا ماقال هذا الا ابن عباس ، وذكر ابن قتيبة في المعارف ان عبدالملك بن مروان ولد لستة أشهر ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وغالبه تسعة أشهر لان غالب النساء كذلك وهذا أمر معروف بين الناس ، وأكثر مدة الحمل أربع سنين هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك ، وروي عن احمد ان اقصى مدته سنتان روي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل، ولان التقدير انما يعلم بتوقيف او اتفاق ولا توقيف ههنا والاتفاق انما هو على ماذكرنا ، وقد وجد ذلك فان الضحاك بن مزاحم

الحيضة الثالثة ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري واسحاق وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك له الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة قال أبو بكر وروي عن أبي عبد الله أنها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وهذا قول الثوري وبه قال أبو حنيفة اذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض فان انقطع لاكثره انقضت العدة بانقطاعه. ووجه اعتبار الغسل قول الاكثرين من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والاوزاعي والشافعي في القديم لان الله تعالى قال (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بدليل وجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولانه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة فكذلك فيما نحن فيه، قال القاضي اذا شرطنا الغسل أفاد عدمه اباحة الرجعة وتحريمها على الازواج فأما سائر الاحكام فانها تنقطع بانقطاع دمها

(فصل) وان قلنا القروء الاطهار فطلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة وان طلقها حائضا انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الرابعة ، وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وابان بن عثمان ومالك وأبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي

وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين ، وقال الليث أقصاه ثلاثون سنين حملت مولاة لعمر بن عبدالله ثلاث سنين ، وقال ابو عبيد ليس لأقصاه وقت يوقف عليه وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين

ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيه الى الوجود ، وقد وجد الحمل أربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لاتزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد ، وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين قال أحمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقي محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسين بن علي في بطن أمه أربع سنين وهكذا ابراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك ابو الخطاب واذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لأنه ماوجد ولان عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك الا لانه غاية الحمل ، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما. اذا ثبت هذا فان المرأة اذا ولدت لاربع سنين فمادون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضي به

وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي زمن الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا نحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال وحكى القاضي هذا احتمالا في مذهبنا أيضا

ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم عنهم باسناده، ولفظ حديث زيد بن ثابت « اذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبرىء منها ولا ترثه ولا يرثها» وقولهم ان الدم يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم ان كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فاذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها ان حضت فانت طالق، اختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لانه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار، ومنهم من قال ليس منها انما يتبين به انقضاؤها ولانا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كانت أمة فاذا اغتسلت من الحيضة الثانية)

أكثر أهل العلم يقولون عدة الامة بالقرء قرآن منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبد الله بن عتبة والقاسم وسالم وزيد بن أسلم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي

﴿مسئلة﴾ (وأقل مايتبين به الولد أحد وثمانون يوما وهو أقل ماتنقضي به العدة من الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها)

لان النبي ﷺ قال « ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك » ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين فاما بعد أربعة أشهر فليس فيه اشكال لانه يستكمل الخلق في الرابع

(فصل) الضرب الثاني المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة وشهران وخمسة أيام ان كانت أمة وسواء ماقبل الدخول وبعده

أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها او غير مدخول بها سواء كانت بالغة او لم تبلغ لقول الله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وقال النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه. فان قيل الا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) قلنا انما خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن

واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

ولنا قول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » وقد ذكرناه وقول عمر وعلي وابن عمر ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا وهذا يخص عموم الآية ولانه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي فيه الامة الحرة كالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة الا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت فاذا تقرر هذا فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية في احدى الروايتين وفي الاخرى بانقطاع الدم من الحيضة الثانية وعلى الرواية التي تقول إن القروء الاطهار فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن فعدتها ثلاثة أشهر)

أجمع أهل العلم على هذا لان الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فان كان الطلاق في أول الهلال اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) وقال

تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسا على المطلقة في التخصيص لوجهين (أحدهما) ان النكاح عقد عمر فاذا مات انتهى والشيء اذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الاجارة بانقضائها والعدة من أحكامه

(الثاني) ان المطلقة اذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا يأمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بايجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظا لها اذا ثبت هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن مالك انها اذا كانت مدخولا بها وجبت أربعة أشهر وعشر فيها حيضة واتباع الكتاب والسنة أولى ولانه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة وهذا الخلاف مختص بذات القروء فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيهما

وأما الامة المتوفى عنها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم الا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الامة الا كعدة الحرة الا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه

سبحانه (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس في أن الاشهر الحرم معتبرة بالاهلة وان وقع الطلاق في أثناء الشهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما ، وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تحتسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الاول تاما كان أو ناقصا لانه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة فاذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجها ثانيا ان جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لانه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثاني من بعض الشهر فيجب أن يحسب بالعدد وكذلك الثالث

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال فاذا أمكن اعتبار الهلال اعتبروا واذا تعذر رجعوا الى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لابي حنيفة وأما التخريج الذي ذكرناه فانه لا يلزم تمام الشهر الاول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع

(فصل) وتجب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف الليل أو نصف النهار اعتدت من ذلك الوقت الى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال أبو عبد الله بن حامد لا تحتسب بالساعات وانما تحتسب بأول الليل والنهار فاذا طلقها نهارا احتسبت من أول الليل الذي يليه وان

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الامة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

(فصل) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال فيجب عشرة أيام مع الليالي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي يجب عشر ليال وتسعة أيام لان العشرة تستعمل في الليالي دون الايام وإنما دخلت الايام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً . قلنا العرب تغلب حكم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بايامها كما قال الله تعالى لزكريا (آيتك ألا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) يريد بأيامها ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالي والايام ويقول القائل : سرنا عشراً يريد الليالي بأيامها فلم يجز نقلها عن العدة إلى الاباحة بالشك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن مات زوج الرجعية في عدتها استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق)

وهذا لاخلاف فيه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة ، وحكى في المحرر أنها تعتد أطول الاجلين وهو بعيد .

﴿ مسئلة ﴾ (وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدتها لم تنتقل عن عدتها وتبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة)

وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وابن المنذر ، وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الاجلين كما لو طلقها في مرض موته

طلقها ليلا احتسبت بأول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لان حساب الساعات يشق فسقط اعتباره ولنا قول الله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن اما يقينا واما استظهارا فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (والامة شهران)

اختلفت الروايات عن أبي عبدالله في عدة الامة فأكثر الروايات عنه انها شهران رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كان عدتها شهرين رواه الأثرم عنه باسناده وهذا قول عطاء والزهري وإسحاق وأحد قولي الشافعي لان الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرءان فبدلها شهران. ولأنها معتدة بالشهور عن غير الوفاة فكان عددها كعدد القرء ولو كانت ذات قرء كالحرة

(والرواية الثانية) ان عدتها شهر ونصف نقلها الميموني والأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان للشافعي لان عدة الامة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وانما كانا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فاذا صرنا الى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد أجزأه إخراجه فان

ولنا قوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولأنها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها . وذكر القاضي في المطلقة في المرض أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول الاجلين وليس بشيء فان الحمل تنقضي بوضعه كل عدة ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل لما ذكرناه والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الاجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة) نص على هذا أحمد وبه قال الثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر : تبني على عدة الطلاق لانه مات وليست زوجة له لانها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة . وعن أحمد مثل ذلك ، وعنه رواية ثالثة أنها تعتد عدة الوفاة فقط ذكر هاتين في المحرر لانها ترثه أشبهت الرجعية والاولى ظاهر المذهب ووجه ذلك أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ويلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم

(فصل) وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته ، وقال القاضي عليها عدة الوفاة إذا قلنا ترثه فتجب عليها عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول قبل قضاء العدة ورواه أبو طالب عن أحمد في التي انقضت عدتها ،

أراد الصيام مكانه صام يوما كاملا . ولانها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة ولانها معتدة بالشهور فكانت على النصف من عدة الحرة كالمتوفى عنها زوجها

(والرواية الثالثة ان عدتها ثلاثة اشهر وروي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز والنخعي ويحيى الانصاري وربيعة ومالك وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولانه استبراء للامة الآيسة بالشهور فكان ثلاثة أشهر كاستبراء الامة اذا ملكها أو مات سيدها ولان اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة الرحم ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والامة جميعاً لان الحمل يكون نطفة اربعين يوما وعلقة أربعين يوما ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ولذلك كان استبراء الامة في حق سيدها ثلاثة أشهر ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لاجماع الصحابة لانهم اختلفوا على القولين الاولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث لانه يفضي الى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولانها معتدة لغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القرء المتوفى عنها زوجها

(فصل) واختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لان عائشة قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون وان كانت من نساء العرب فستون لانهن أقوى طبيعة ، وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هنداً بنت ابي عبيدة بن عبدالله بن زمعة ولدت موسى بن عبدالله بن حسن بن حسن بن علي بن

وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين ، والصحيح انها لاعدة عليها لان الله تعالى قال (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (واللائي يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم تحضن) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولانها أجنبية تحل للازواج ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت وتخالف التي مات زوجها في عدتها فانها لا تحل لغيره فى هذه الحال ولم تنقض عدتها ونمنع انها ترثه لانها لو ورثته لا أفضي إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فاما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلاعدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه فان كانت المطلقة البائن لا ترث كالامة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم يلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا لانهم عللوا نقلها الى عدة الوفاة بارثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة

(مسئلة) (وان ارتابت المتوفي عنها لظهور امارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تزل في عدتها حتى تزول الريبة وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسد به لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا)

أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال انه لن تلد بعد خمسين سنة الا عربية ولا تلد لستين الا قرشية وللشافعي قولان (أحدهما) يعتبر السن الذي يتيقن انه اذا بلغته لم تحض ، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة (والثاني) يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر ان نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن ، والصحيح ان شاء الله انه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فاذا انضم الى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر ، وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ماسنذكره ان شاء الله ، وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادراً ، وان رأته بعد الستين فقد تيقن انه ليس بحيض لانه لم يوجد ذلك ، قال الخرقي فاذا رأته بعد الستين فقد تيقن انه ليس بحيض فعند ذلك لاتعتد به وتعتد بالاشهر كالتي لاترى دما

(فصل) وأقل سن تحيض فيه المرة تسع سنين لان المرجع فيه إلى الوجود وقد وجد من تحيض لتسع ، وقد روي عن الشافعي انه قال رايت جدة لها احدى وعشرون سنة فهذه إذا أسقطت من

وجملة ذلك أن المعتدة اذا ارتابت في عدتها بأن ترى امارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما وشكت هل هو حمل أم لا؟ لم تخل من ثلاثة أحوال

(أحدها) أن تحدث بها الريبة قبل انقضاء عدتها فانها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الريبة فان بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زال وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالشهور أو بالاقراء ان كان فارقها في الحياة فان تزوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لانها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر ، ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح إذا كان بعد انقضاء العدة

(الثاني) أن تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لانه وجد بعد قضاء العدة ظاهراً والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها لاننا شككنا في صحة النكاح ولانه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره ثم ينظر فان وضعت الولد لاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل لانه نكحها وهي حامل وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به .

(الثالث) ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان (احدهما) لا يحل لها ان تتزوج وان فعلت لم يصح النكاح لانها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم تصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولاننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفا ولا يجوز كون النكاح موقوفا ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز أن يتزوج اختها لان نكاحها يكون موقوفا على إسلام الاولى

عمرها مدة الحملين في الغالب عاما ونصفا وقسمت الباقي بينها و بين ابنتها كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين ، فان رأت دما قبل ذلك فليس بحيض لانه لم يوجد من مثلها متكرراً والمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة ولم يوجد ذلك فلا يعتد به

(فصل) فان بلغت سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر في ظاهر قول الخرقي وهو قول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواها أبو طالب فخالف فيها أصحابه وذلك ماروى أبو طالب عن أحمد انها تعتد سنة ، قال القاضي هذه الرواية أصح لانه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض صارت مرتابة يجوز ان يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن)وهذه من اللائي لم يحضن ولان الاعتبار بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن يحيض لمثله النساء في الغالب مثل ان تحيض ولها عشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها ولا تدري ما رفعه فانها من ذوات القروء وهذه لم تكن منهن

(والثاني) يحل لها النكاح ويصح لانا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ما حكمنا به بالشك الطارىء ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود

(فصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها اخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين خرجت القرعة وان طلق واحدة بعينها وانسيها ففي قول اصحابنا الحكم فيها كذلك . والصحيح انه يحرم عليه الجميع وهو اختيار شيخنا وقد ذكرناه فى باب الشك في الطلاق فان مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق أو الوفاة لان النكاح كان ثابتا بيقين وكل واحدة منهن يجوز ان تكون المطلقة ويجوز ان تكون زوجة فوجب اقصى الاجلين إن كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه ان يصلي خمس صلوات لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وان طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ، وإن طلق ثلاثا وانسيهن فهو كما لو طلق واحدة

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي عليها عدة الوفاة نص عليه وقال ابن حامد لاعدة عليها للوفاة لذلك فان كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجها واحدا)

أما إذا كان النكاح مجمعا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقدها والخلوة بها كالخلوة بالاجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة وان وطئها اعتدت لوطئها بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كالمزني بها من

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا طلقها طلاقا يملك فيه الرجعة وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة وإن طلقها طلاقا لا يملك فيه الرجعة فأعتقت اعتدت عدة أمة)

هذا قول الحسن والشعبي والضحاك واسحاق واصحاب الرأي وهذا احد اقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة امة سواء كانت بائنا او رجعية وهو قول مالك وابي ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يعتبر حكمها كما لو كانت بائناً او كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولانه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد. وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لان سبب العدة الكاملة اذا وجد في اثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم رأت الدم

ولنا انها اذا عتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب ان تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق وان أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو أعتقت بعد مضي القرأين . ولان عدة الرجعية تنتقل الى عدة الوفاة لو مات فتنتقل الى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل الى عدة الوفاة فلا تنتقل الى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكرناه لمالك يبطل بما اذا مات زوج الرجعية فانها تنتقل الى عدة الوفاة

غير عقد فأما ان نكحها نكاحا مختلفا فيه فهو فاسد فان مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهو اختيار أبي بكر وقال أبو عبد الله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لانه نكاح لا يثبت فأشبه الباطل فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الاول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به العدة كالنكاح الصحيح بخلاف الباطل فانه لا يلحق به النسب وان فارقها في الحياة بعد الاصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ان كانت من ذوات الاقراء أو بثلاثة أشهر إن لم تكن ولا خلاف في ذلك ، وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بغير خلاف لان المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها ففي الفاسد أولى ، وإن كان بعد الخلوة قبل الاصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لانه أجري مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة وقال الشافعي لا عدة عليها لوجهين (احدهما) انها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل (والثاني) أن الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى ، وهذا مقتضى قول ابن حامد .

(فصل) (الثالث ذات القروء التي فارقها في الحياة بعد دخوله بها عدتها ثلاثة قروء ان كانت حرة وقرءان ان كانت أمة)

أما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف بين أهل العلم لقول الله تعالى (والمطلقات

والفرق بين مانحن فيه وبين ما اذا حاضت الصغيرة ان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء وليس كذلك ههنا فان عدة الامة ليست ببدل ولذلك تبني الامة على مامضى من عدتها اتفاقا واذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترق وتخالف الاستبراء فان الحرية لو قارنت سبب وجوبه لم تكمل الا ترى ان ام الولد اذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولان الاستبراء لايختلف بالرق والحرية بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا عتقت الامة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانت من زوجها وهي حرة .

وقد روى الحسن ان النبي ﷺ امر بريرة ان تعتد عدة الحرة وان طلقها العبد طلاقا رجعيا فاعتقها سيدها بنت على عدة الحرة سواء فسخت او اقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة رجعية وان لم تفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فان اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة ام تبنى على مامضى من عدتها ؟ على وجهين فان قلنا تستأنف فانها تستأنف عدة حرة ، وان قلنا تبنى بنت على عدة حرة

يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وأما الامة فعدتها بالقرء قرءان في قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وعبدالله بن عتبة والقاسم وسالم والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة الا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)

ولنا قول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » ولانه قول من ذكرنا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان اجماعا وهذا يخص عموم الآية ولانه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي الامة فيه الحرة كالحد وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة الا أن الحيض لا يتبعض فكمل حيضتين ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت

(مسئلة) (والقرء الحيض في أصح الروايتين (والثانية) هي الاطهار)

القرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الاسماء المشتركة قال أحمد بن يحيى ثعلب القروء الاوقات الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لان كل واحد منهما يأتي لوقت قال الشاعر:

كرهت العقر عقر بني تميم اذا هبت لقارئها الرياح

يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد يقال أقرأت المرأة اذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها وفي الحديث عن النبي ﷺ « دعي الصلاة أيام اقرائك فهذا الحيض» وقال الشاعر :

مورثة عزا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا

فهذا الطهر ، واختلف أهل العلم في المراد في قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) واختلفت

« مسئلة » قال (واذا طلقها وهي ممن قد حاضت فارتفع حيضها لاتدري مارفعه؟ اعتدت سنة)

وجملة ذلك ان الرجل اذا طلق امرأته وهي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر مارفعه؟ فانها تعتد سنة تسعة اشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لان هذه المدة هي غالب مدة الحمل فاذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة اشهر هذا قول عمر رضي الله عنه قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لاينكره منهم منكر علمناه وبه قال مالك والشافعي في احد قوليه وروي ذلك عن الحسن وقال الشافعي في قول آخر تتربص اربع سنين اكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة اشهر لان هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطا

وقال في الجديد تكون في عدة ابداً حتى تحيض او تبلغ سن الاياس تعتد حينئذ بثلاثة اشهر وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري وابي الزناد والثوري وابي عبيد واهل العراق لان الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولانها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض

الرواية عن أحمد في ذلك فروي أنها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وسعيد بن المسيب والثوري والاوزاعي والعنبري واسحاق وأبي عبيد وأصحاب الرأي وروي أيضا عن أبي بكر الصديق وعثمان ابن عفان وأبي موسى وعبادة بن الصامت وأبي الدرداء قال القاضي الصحيح عن احمد ان الأقراء الحيض واليه ذهب اصحابنا ورجع عن قوله بالاطهار فقال في رواية النيسابوري كنت اقول انه الاطهار وانا اذهب اليوم الى ان الاقراء الحيض وقال في رواية الاثرم كنت أقول إنه الاطهار ثم وقفت لقول الاكابر .

(والرواية الثانية) عن احمد ان القروء الاطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك والشافعي وابي ثور ، وقال ابو بكر بن عبد الرحمن ما ادركت احدا من فقهائنا الا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر رجع أحمد الى القرء والاطهار قال في رواية الاثرم رأيت الاحاديث عمن قال القرء الحيض تختلف والاحاديث عمن قال انه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح قوية واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أي في عدتهن كقوله تعالى (ونضع الموازين القسط ليوم القيامة) أي في يوم القيامة وانما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في حديث ابن

ولنا الاجماع الذي حكاه الشافعي ولان الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا تحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة اشهر ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ، ولان عليها في تطويل العدة ضرراً فانها تمنع من الازواج وتحبس دائما ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فان قيل فاذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر انما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم بدليل مالو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمتها العدة

(فصل) فان عاد الحيض اليها في السنة ولو في آخرها لزمها الانتقال إلى القروء لانها الاصل فبطل بها حكم البدل ، وان عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لان عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت ، وان حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان (أحدهما) لا تعود لان العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة (والثاني) تعود لانها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت امة اعتدت بأحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهران للعدة

هذه المسئلة مبنية على أصلين (أحدهما) ان الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه؟

عمر « فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فان شاء طلق وان شاء أمسك فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء » متفق عليه ، وفي رواية ابن عمر: فطلقوهن في قبل عدتهن ولانها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب ان تعتبر عقيب الطلاق كعدة الآيسة والصغيرة ، ووجه الرواية الاولى قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن) فنقلهن عند عدم الحيض الى الاعتداد بالاشهر فيدل ذلك على أن الاصل الحيض كما قال تعالى (فان لم تجدوا ماء فتيمموا) ولان المعهود في لسان الشارع استعمال القرء بمعنى الحيض فقال النبي ﷺ « تدع الصلاة أيام اقرائها » رواه ابو داود ، وقال لفاطمة بنت ابي حبيش « انظري فاذا أتي قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء الى القرء » رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « طلاق الامة طلقتان وقرؤها حيضتان » رواه ابو داود وغيره فان قالوا هذا يرويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبدالله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجة في سننه وابو بكر الخلال في جامعه ، وهو نص في عدة الامة فكذلك عدة الحرة ولان ظاهر قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القروء الاطهار لم يوجب

(الثاني) ان عدة الامة الآيسة شهران فتتربص تسعة أشهر لان مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقياً فاذا يئست من الحمل اعتدت عدة الآيسة شهرين ، وعلى الرواية التي جعل عدتها شهراً ونصفاً تكون عدتها عشرة أشهر ونصفا ومن جعلها ثلاثة أشهر فعدتها سنة كالحرة

﴿ مسئلة ﴾ قال وان عرفت مارفع الحيض؟ كانت في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به الا أن تصير من الآيسات فتعتد بثلاثة أشهر من وقت تصير في عداد الآيسات)

أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس وقد ذكرناه فعند ذلك تعتد عدة الآيسات . وقد روى الشافعي في مسنده باسناده عن حبان بن منقذ[1] انه طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنية ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له إنك ان مت ورثتك فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان ؟ فقالا نرى انها ان ماتت ورثها وان مات ورثته لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من الحيض ولا من الابكار اللائي لم يبلغن الحيض فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه ، وروى الأثرم باسناده عن محمد بن يحيى بن حبان انه كانت عند جده امرأتان

(١) حبان بن منقذ الانصاري له صحبة روى عنه ابنه واسع بن حبان وهو بفتح الحاء

ثلاثة بل يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجبه ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولان العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الامة ، وذلك لان الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به فان قيل لا نسلم ان استبراء الامة بالحيضة لذلك قال ابن عبد البر وانما هو بالطهر الذي قبل الحيضة وقال قولهم ان استبراء الامة حيضة باجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح اذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض كذلك قال اسماعيل بن اسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته اياه ، قلنا هذا يرده قول النبي ﷺ «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حامل حتى تستبرىء بحيضة» ولان الاستبراء تعرف براءة الرحم وانما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولان العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالحيض كوضع الحمل يحققه ان العدة مقصودها براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما ينافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه فأما قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) فيجوز انه أراد قبل عدتهن اذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة ان الطلاق يسبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم الحكم ولا يؤخذ الحكم قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة اذا كانت الاقراء بالحيض

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها)

هاشمية وانصارية فطلق الانصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الانصارية لم أحض فاختصموا الى عثمان رضي الله عنه فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا - يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه

(مسألة) قال (وان حاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه لم تنقض عدتها الا بعد سنة بعد انقطاع الحيض)

وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في رجل طلق امراته فحاضت حيضة او حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه تجلس تسعة اشهر فاذا لم يستبن بها حمل تعتد بثلاثة اشهر فذلك سنة ولانعرف له مخالفا . قال ابن المنذر قضى به عمر بين المهاجرين والانصار ولم ينكره منكر وقال الاثرم سمعت اباعبد الله يسئل عن الرجل يطلق امراته فتحيض حيضة ثم يرتفع حيضها قال اذهب الى حديث عمر اذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فانها تنتظر سنة قيل له فحاضت دون السنة فقال ترجع الى الحيضة قيل له فان ارتفعت حيضتها ايضاً لا تدر مما ارتفعت ؟ قال تقعد سنة اخرى وهذا قول كل من وافقنا في المسئلة الاولى وذلك لانها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب ان تنتقل الى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لان العدة

لا نعلم في ذلك خلافا بين أهل العلم لان الله تعالى أمر بثلاثة قروء فيتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق منها ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا يعتد بها ولان الطلاق انما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسب بتلك الحيضة قرءا كان أقصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما

(مسألة) (ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها ، واذا طهرت من الحيضة الثالثة حلت في إحدى الروايتين ، و لاخرى لاتحل حتى تغتسل)

حكى هاتين الروايتين ابو عبدالله بن حامد (إحداهما) انها في العدة مالم تغتسل يباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال قال احمد وعمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة روي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري واسحاق ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك له الرجعة ، وان فرطت في الغسل عشرين سنة قال ابو بكر روى عن أبي عبدالله انها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي قد طهرت في وقتها وهذا قول الثوري ، وقال ابو حنيفة اذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض ، وان انقطع لاكثره انقضت العدة بانقطاعه ، ووجه اعتبار الغسل أن قول الاكابر من أصحاب رسول الله ﷺ ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون اجماعا ، ولانها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض

لا تنبني على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة او حيضتين ثم يئست انتقلت الى ثلاثة اشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً او شهرين ثم حاضت انتقلت الى ثلاثة قروء

(فصل) فان كانت عادة المرأة ان يتباعد ما بين حيضتيها لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض وان طالت لان هذه لم يرتفع حيضها ولم تتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم في هذا مخالفاً

(فصل) في عدة المستحاضة لا تخلو اما ان يكون لها حيض محكوم به بعادة او تمييز او لا تكون كذلك فان كان لها حيض محكوم به بذلك فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها قال احمد المستحاضة تعتد ايام اقرائها التي كانت تعرف وان علمت ان لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة اشهر وان شكت في شيء تربصت حتى تستيقن ان القروء الثلاث قد انقضت وان كانت مبتدأة لا تمييز لها او ناسية لا تعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن احمد فيها روايتان :

(احداهما) ان عدتها ثلاثة اشهر وهو قول عكرمة وقتادة وابي عبيد لان النبي صلى الله عليه وسلم امر حمنة بنت جحش ان تجلس في كل شهر ستة ايام او سبعة فجعل لها حيضة في كل شهر

(والرواية الثانية) أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة ، وانقطاع دمها . اختاره ابو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير والاوزاعي والشافعي في القديم لقول الله تعالى (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقد كملت القروء بوجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولانه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة وكذلك فيما نحن فيه قال القاضي اذا شرطنا الغسل أفاد عدمه الرجعة وتحريمها على الازواج فأما سائر الاحكام فانها تنقطع بانقطاع دمها

(فصل) ومن قال القرء الاطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءا ، وان بقي منه لحظة حسبها قرءا ، هذا قول كل من قال ان القروء الاطهار الا الزهري فانه قال تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه ، وحكي عن أبي عبيد أنه ان كان جامعها في الطهر لم تحتسب ببقيته لانه زمن حرم فيه الطلاق فلم تحتسب به من العدة كزمن الحيض

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم تحتسب ببقية الطهر قرءا كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لان تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولا وانما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها فأما ان انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فان الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرما ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض أو ثلاثة اطهار على الرواية الاخرى ولو قال

تترك فيها الصلاة والصيام ويثبت فيها سائر احكام الحيض فيجب ان تنقضي به العدة لان ذلك من احكام الحيض

(والرواية الثانية) تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لاتدري مارفعها قال احمد اذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لان به يتبين الحمل ، وهو قول مالك واسحاق لانها لم تتيقن لها حيضاً مع انها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها . وعلى الرواية الاولى ينبغي ان يقال اننا متى حكمنا بأن حيضها سبعة ايام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة ايام من اول الثالث فقد انقضت عدتها وان قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مر لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها وهي من اللائي لم يحضن فلم تنقض عدتها بالشهور حتى حاضت استقبلت العدة بثلاث حيض ان كانت حرة وبحيضتين ان كانت أمة)

وجملته ان الصغيرة التي لم تحض او البالغ التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة في قول عامة علماء الامصار منهم سعيد بن لمسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وابو عبيد واصحاب

لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك فانها لا تحتسب الذي وقع فيه الطلاق لان العدة لا تكون الا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قارنه ، ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءا فان اختلفا فقال الزوج وقع الطلاق في أول الحيض وقالت بل في آخر الطهر أو قال انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت بل قد بقي منه بقية فالقول قولها لان قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة

﴿ مسئلة ﴾ (والرواية الثانية القروء الاطهار وتعتد بالطهر الذي طلقها فيه قرءا فاذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت)

اذا طلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة، وان طلقها حائضا انقضت برؤية الدم من الحيضة الرابعة وهذا قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله وأبان بن عثمان ومالك وأبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عنه قول آخر لا تنقضي العدة حتى يمضي من الدم يوم وليلة لجواز أن يكون الدم دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال، وحكى القاضي هذا الاحتمال في مذهبنا أيضا. ولنا أن الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولانه قول من سمينا من الصحابة رواه الاثرم عنهم باسناده ولفظ حديث زيد بن ثابت اذا دخلت

الرأي واهل المدنية واهل البصرة وذلك لان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها ان تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءا ؟ فيه وجهان

(احدهما) تعتد به لانه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين (والثاني) لا تعتد به وهو ظاهر كلام الشافعي لان القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فلم يكن قرءاً فأما ان انقضت عدتها بالشهور ثم حاضت بعدها ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه معنى حدث بعد انقضاء العدة كالتي حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ولا يمكن منع هذا الاصل لانه لو صح منعه لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال

(فصل) ولو حاضت حيضة اوحيضتين ثم صارت من الآيسات استأنفت العدة بثلاثة اشهر لان العدة لاتلفق من جنسين وقد تعذر اتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر وان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم مامضى وتبين ان مارأته من الدم لم يكن حيضا لان الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل لاقل من ستة اشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لانها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لاتحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن ان يكون حادثا بعد انقضاء العدة بان تأتي به لستة اشهر منذ فرغت من عدتها لم تلحق بالزوج

في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبريء منها ولا ترثه ولا يرثها وقولهم ان الدم يجوز أن يكون دم فساد قلنا قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم ان كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فاذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها ان حضت فأنت طالق واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لانه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار ومنهم من قال ليس منها انما يتبين به انقضاؤها لانا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة، ولو راجعها زوجها فيهما لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين

(فصل) وكل فرقة بين زوجين في الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو اعسار أو اعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم، وروي عن ابن عباس أن عدة الملاعنة تسعة أشهر وأبى ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لانها مفارقة في الحياة أشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز والحسن والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وخلاس بن عمرو وأبو عياض ومالك والليث والاوزاعي والشافعي، وروي عن عثمان بن عفان وابن عمر وابن عباس وابان بن عثمان واسحاق وابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة،

وحكمنا بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثا وان اتت به لدون ذلك تبينا ان الدم ليس بحيض لانه لايجوز وجوده في مدة الحمل

(فصل) واذا ارتابت المعتدة ومعناه ان ترى امارات الحمل من حركة او نفخة ونحوهما وشكت هل هو حمل ام لا ؟ فلا يخلو من ثلاثة احوال :

(احدها) ان تحدث به الريبة قبل انقضاء عدتها فانها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الريبة فان بان حملا انقضت عدتها بوضعه فان زالت وبان انه ليس بحمل تبينا ان عدتها انقضت بالقروء او الشهور فان زوجت قبل زوال الريبة فالنكاح باطل لانها تزوجت وهي في حكم المعتدات في الظاهر ويحتمل أنه اذا تبين عدم الحمل انه يصح النكاح لانا تبينا انها تزوجت بعد انقضاء عدتها

(الثاني) ان تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزوج فالنكاح صحيح لانه وجد بعد قضاء العدة ظاهرا والحمل مع الريبة مشكوك فيه ولايزل به ما حكم بصحته لكن لايحل لزوجها وطؤها لاننا شككنا في صحة النكاح ولانه لايحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره ثم ننظر فان وضعت الولد لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل لانه نكحها وهي حامل وان اتت به لاكثر من ذلك فالولد لاحق به ونكاحه صحيح

(الحال الثالث) ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان (احدها) لا يحل لها

ورواه ابن القاسم عن أحمد لما روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة . رواه النسائي ، وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك ولان عثمان قضى به رواه النسائي وابن ماجه

ولنا قول الله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) ولانها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع ، وقول النبي ﷺ « قرء الامة حيضتان » عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر هو ضعيف مرسل ، وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فانهما قالا : عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى ، وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال عدة المختلعة عدة المطلقة وهو أصح عنه

(فصل) الرابع اللائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر ان كن حرائر وان كن اماء فشهران وعنه ثلاثة أشهر وعنه شهر ونصف أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة الآيسة والصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر لقول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فان كان الطلاق في أول الشهر اعتبر ثلاثة أشهر بالاهلة لقول الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج) وقال سبحانه (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها أربعة حرم) ولم يختلف الناس في أن الاشهر الحرم معتبرة بالاهلة وان وقع الطلاق في اثناء شهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين

ان تتزوج وان تزوجت فالنكاح باطل لانها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم يصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولاننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفاً ولا يجوز كون النكاح موقوفاً، ولهذا لو اسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز ان يتزوج اختها لان نكاحها يكون موقوفاً على اسلام الاولى (والثاني) يحل لها النكاح ويصح لاننا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ماحكم به بالشك الطارىء ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود

(فصل) وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين القرعة وان طلق واحدة بعينها وأنسيها ففي قول أصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح انه يحرم عليه الجميع فان مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الاجلين من عدة الطلاق والوفاة لان النكاح كان ثابتا بيقين وكل واحدة منهن يجوز أن تكون هي المطلقة وأن تكون زوجا فوجب أقصى الاجلين ان كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات، لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي، وان طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن ثلاثا، وان طلق ثلاثا وأنسيهن فهو كالوطلق واحدة

بالاهلة ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما، وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تحسب بقية الاول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الاول تاما كان أو ناقصا لانه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالاهلة فاذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجها ثانيا أن جميع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لانه اذا حسب الاول بالعدد كان ابتداء الثاني من نصف الشهر وكذلك الثالث

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك اذا غم الشهر كمل ثلاثين والاصل الهلال فاذا أمكن اعتبار الهلال اعتبر وإذا تعذر رجع إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة وأما التخريج الذي ذكر لأصحابنا فانه لا يلزم إتمام الشهر الاول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع

(فصل) وتحسب العدة من الساعة التي فارقها زوجها فيها فلو فارقها نصف النهار أو نصف الليل اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال ابن حامد لا تحتسب بالساعات وإنما يحتسب بأول الليل والنهار فاذا طلقها نهاراً احتسبت من أول الليل الذي يليه وان طلقها ليلا احتسبت من أول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لان حساب الساعات يشق فسقط اعتباره

ولنا قول الله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن

« مسئلة » قال ولو مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ولتمام شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة

أجمع أهل العلم على ان عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولا بها أو غير مدخول بها سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ وذلك لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وقال النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » متفق عليه

فان قيل ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ؟) قلنا انما خصصنا هذه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين (أحدهما) ان النكاح عقد عمر فاذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الاجارة بانقضائها والعدة من أحكامه (الثاني) ان المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا

اما يقينا واما استظهاراً فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى ، واختلفت الرواية في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران وهو الذي ذكره الخرقي رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كانت عدتها شهرين ، رواه الاثرم عنه باسناده وهذا قول عطاء والزهري واسحاق وأحد أقوال الشافعي ، لان الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرآن فبدلها شهران ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قروء كالحرة

(والرواية الثانية) أن عدتها شهر ونصف ، نقلها الميموني والاثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه ، وروي ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وسالم والشعبي والثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان للشافعي لان عدة الأمة نصف عدة الحرة وعدة الحرة ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبعيض الحيضة فاذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة ويصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد مكيل أخرجه فان أراد الصيام مكانه صام يوما كاملا ولانها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحرة كعدة الوفاة .

(والثالثة) أن عليها ثلاثة أشهر روي ذلك عن الحسن ومجاهد وعمر بن عبد العزيز ويحيى الانصاري وربيعة ومالك ، وهو القول الثالث للشافعي لعموم قوله تعالى (فعدتهن ثلاثة أشهر) ولان اعتبار الشهور

يؤمن أن تأتي بولد فيلحق الميت نسبه وماله من ينفيه فاحتطنا بايجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظا لها

إذا ثبت هذا فانه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن مالك أنها إذا كانت مدخولا بها وجب أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، واتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالطلقة وهذا الخلاف يختص بذات القرء ، فأما الآيسة والصغيرة فلا خلاف فيها ، وأما الامة المتوفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وعطاء وسليمان بن يسار والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فانه قال ما أرى عدة الامة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فان السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر النص وعمومه ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الامة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

(فصل) والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال بأيامها فتجب عشرة أيام مع الليالي وبهذا قال مالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي يجب عشر ليالي وتسعة أيام لان العشر تستعمل في الليالي دون الايام وانما دخلت الايام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً قلنا العرب تغلب اسم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى

ههنا للعلم ببراءة رحمها ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرة والامة جميعاً لان الحمل يكون نطفة أربعين يوما وعلقة أربعين يوما ثم يصير مضغة ثم يتحرك ويعلو بطن المرأة فيظهر الحمل ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ومن رد هذه الرواية قال هي مخالفة لاجماع الصحابة لانهم اختلفوا على القولين الاولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز احداث قول ثالث لانه يفضي إلى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولانها معتدة بغير الحمل فكانت دون عدة الحرة كذات القروء والمتوفى عنها زوجها

﴿ مسئلة ﴾ (وعدة أم الولد عدة الامة لانها امة مملوكة وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وامة اما إذا اعتدت بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة)

لان عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية وعدة الامة بالقروء قرآن فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً لانه لا يتبعض وان كانت عدتها بالشهور للوفاة وكان نصفها حراً اعتدت بثلاثة شهور وثمانية أيام واذا كان نصفها حراً فعدتها ثلاثة أرباع عدة الحرة فان قلنا عدة الامة شهران فعدتها شهران ونصف وان قلنا شهر ونصف فعدتها شهران وسبعة أيام ونصف وان قلنا عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة

﴿ مسئلة ﴾ (وحد الاياس خمسون سنة وعنه أن ذلك حده في نساء العجم وحده في نساء العرب ستون سنة) اختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لان

لزكريا (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا) يريد أيامها بدليل أنه قال في موضع آخر (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا يريد بلياليها ولو نذر اعتكاف العشر الاخير من رمضان لزمه الليالي والايام، ويقول القائل: سرنا عشراً، يريد الليالي بأيامها، فلم يجز نقلها عن العدة إلى الاباحة بالشك

(فصل) وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة كغير المطلقة، وان مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته فانها تعتد أطول الاجلين من عدة الوفاة او ثلاثة قروء نص على هذا أحمد وبه قال الثوري وابو حنيفة ومحمد بن الحسن وقال مالك والشافعي وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر تبني على عدة الطلاق لانه مات وليست زوجة له لانها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة

ولنا انها وارثة له فيجب عليها عدة الوفاة كالرجعية. وتلزمها عدة الطلاق لما ذكروه في دليلهم وان مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيض او بالشهور او بوضع الحمل او كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته، وقال القاضي عليهن عدة الوفاة إذا قلنا يرثنه لانهن يرثنه بالزوجية فتجب عليهن عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة، ورواه ابو طالب عن احمد في التي انقضت عدتها، وذكر ابن أبي موسى فيهما روايتين، والصحيح أنها لاعدة عليها لان الله تعالى قال (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن

عائشة رضي الله عنها قالت لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة وعنه ان كانت من نساء العجم فخمسون سنة وان كانت من نساء العرب فستون لانهن أقوى جبلة وطبيعة وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب ان هندا بنة أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة وقال يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية وللشافعي قولان

(أحدهما) يعتبر السن الذي يتيقن أنها إذا بلغته لم تحض، قال بعضهم هو اثنان وستون سنة

(والثاني) يعتبر السن الذي ييئس فيه نساء عشيرتها لان الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن

وقال شيخنا الصحيح ان شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فانقطع حيضها عن عادتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لان وجود الحيض في حق هذه نادر بدليل قول عائشة وقلة وجوده فاذا انضم إلى هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالاشهر وان انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لان دليل الحيض الوجود في زمن الامكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وان كان نادراً وان رأته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد به وتعتد بالاشهر كالتي لا ترى دماً، وأما أقل سن تحيض له

فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وقال (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وقال ـ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولانها أجنبية تحل للازواج ويحل المطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت، وتخالف التي مات في عدتها فانها لا تحل لغيره في هذه الحال ولم تنقض عدتها ولا نسلم انها ترثه فانها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فاما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه أيضاً وان كانت المطلقة البائن لا ترث كالامة اوالحرة يطلقها العبد او الذمية يطلقها المسلم والمختلعة او فاعلة ما يفسخ نكاحها لم تلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها او بعدها على قياس قول أصحابنا فهم علاوا نقلها إلى عدة الوفاة بارثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا فمات زوجها فانها تبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وقال الثوري وابو حنيفة عليها أطول الاجلين كما لو طلقها في مرض موته

ولنا قوله سبحانه (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء)ولانها أجنبية منه في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها ، وذكر القاضي في المطلقة في المرض انها إذا كانت حاملا تعتد أطول الاجلين ، وليس هذا بشيء

المرأة فقد ذكرناه في باب الحيض وذكرنا دليله فان رأته قبل ذلك اعتدت بالأشهر وان رأته بعد ذلك فالمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة وان لم يوجد ذلك لم تعتد به

《 مسئلة 》 (وان حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها اكمالها)

وجملة ذلك أن الصغيرة التي لم تحض اذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة بالاقراء في قول عامة فقهاء الامصار منهم سعيد بن المسيب والحسن ومجاهد وقتادة والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة وذلك لان الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل بطل حكم البدل كالتيمم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض ان قلنا القروء الحيض وان قلنا القروء الاطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) تعتد به لانه طهر انتقلت منه الى حيض فأشبه الطهر بين الحيضتين

(والثاني) لا تعتد به وهو ظاهر كلام الشافعي لان القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فأما ان حاضت بعد انقضاء عدتها بالشهور ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لانه حدث بعد انقضاء العدة فأشبه مالو حدث بعد طول الفصل ولا يمكن منع هذا الاصل لانه لو صح منعه لم يحصل للصغيرة الاعتداد بالشهور بحال .

لان وضع الحمل تنقضي به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل على مانذكره في المسئلة التي تلي هذا إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها أو مات عنها وهي حامل منه لم تنقض عدتها الا بوضع الحمل أمة كانت أو حرة)

أجمع أهل العلم في جميع الاعصار على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها وكذلك كل مفارقة في الحياة وأجمعوا أيضا على أن المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا أجلها وضع حملها إلا ابن عباس ، وروي عن علي من وجه منقطع انها تعتد باقصى الاجلين ، وقاله ابو السنابل بن بعكك في حياة النبي ﷺ فرد عليه النبي ﷺ قوله وقد روي عن ابن عباس أنه رجع إلى قول الجماعة لما بلغه حديث سبيعة وكره الحسن والشعبي أن تنكح في دمها ويحكى عن حماد وإسحاق أن عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبى سائر أهل العلم هذا القول ، وقالوا لو وضعت بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وروي عن أبي بن كعب قال قلت للنبي ﷺ (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) المطلقة ثلاثا أو

﴿ مسئلة ﴾ (وان يئست ذات القروء في عدتها انتقلت الى عدة الآيسات ثلاثة أشهر)

لان العدة لا تلفق من جنسين وقد تعذر إتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالاشهر لانها عجزت عن الاصل فانتقلت إلى البدل كمن عجز عن الماء ينتقل الى التراب

فان ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وبان لنا أن ما رأته من الدم لم يكن حيضا لان الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل فولدت لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبينا أن الدم ليس بحيض لانها كانت حاملا مع رؤية الدم والحامل لا تحيض فأما ان حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن حدوثه بعد العدة بأن تلد لستة أشهر منذ انقضت عدتها لم يلحق الزوج وحكمنا بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وان عتقت الامة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وان كانت بائناً بنت على عدة أمة) هذا قول الحسن والشعبي والضحاك واسحاق وأصحاب الرأي وهو أحد أقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية وهو قول مالك وأبي ثور لان الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يغير حكمها كما لو كانت بائناً أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولانه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد وقال عطاء والزهري وقتادة تبني على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث للشافعي لان سبب العدة الكاملة إذا وجد في اثناء العدة انتقلت اليها وان كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم حاضت

المتوفى عنها؟ قال «هي للمطلقة ثلاثا والمتوفى عنها» وقال ابن مسعود من شاء باهلته أو لاعنته ان الآية التي في سورة النساء القصرى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) نزلت بعد التي في سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا) يعني ان هذه الآية هي الاخيرة فتقدم على ماخالفها من عموم الآيات المتقدمة ويخص بها عمومها

وروى عبد الله بن الارقم ان سبيعة الاسلمية أخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال مالي أراك متجملة لعلك ترجين النكاح؟ انك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر، قالت سبيعة فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي فأمرني بالتزويج ان بدا لي متفق عليه، قال ابن عبد البر هذا حديث صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ماروي عن

ولنا أنها إذا أعتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو أعتقت قبل الطلاق، وإن أعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تجب عليها عدة الحرائر كما لو عتقت بعد مضي القرأين ولأن الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنتقل إلى عدة الحرائر، والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكره مالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فانها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين مانحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فاذا وجد المبدل زال حكم البدل كالمتيمم يجد الماء، وليس كذلك ههنا فان عدة الامة ليست ببدل ولذلك تبني الامة على ما مضى من عدتها اتفاقا وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافترقا وتخالف الاستبراء فان الحرية لو قاربت سبب وجوبه لم يكمل ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا عتقت الامة تحت العبد فاختارت نفسها اعتدت عدة الحرة لانها بانت من زوجها وهي حرة وروى الحسن أن النبي ﷺ أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سيدها بنت على عدة حرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لانها عتقت في عدة رجعية وإن لم يفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فان اختارت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أو تبني على مامضى من عدتها؟ على وجهين فان قلنا تستأنف فانها تستأنف عدة حرة. وان قلنا تبني بنت على عدة حرة.

(فصل) (الخامس من ارتفع حيضها لا تدري مارفعه تعتد سنة تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة) وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته وهي من ذوات الاقراء فلم تر الحيض في عادتها ولم تدر

ابن عباس وروي عن علي من وجه منقطع ، ولانها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة ، يحققه ان العدة انما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الاشياء على البراءة منه فوجب أن تنقضي العدة ولانه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

(فصل) واذا كان الحمل واحداً انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه ، وان ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لانها لا تكون واضعة لحملها ما لم يخرج كله وان كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لان الحمل هو الجميع ، هذا قول جماعة أهل العلم إلا أبا قلابة وعكرمة فانهما قالا تنقضي عدتها بوضع الاول ولا تتزوج حتى تضع الآخر

وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة انه قال إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها ، قيل له فتتزوج ؟ قال لا قال قتادة خصم العبد ، وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى فان العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فاذا علم وجود الحمل فقد تيقن وجود الموجب للعدة

مارفعه فانها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لان هذه غالب مدة الحمل فاذا لم يبن الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر ، هذا قول عمر رضي الله عنه . قال الشافعي هذا قضاء عمر بين المهاجرين والانصار لا ينكره منهم منكر علمناه ، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه ، وروي ذلك عن الحسن ، وقال الشافعي في قول آخر تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لان هذه المدة هي التي تتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً . وحكى شيخنا مثل ذلك في المذهب ، وقال الشافعي في الجديد تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الاياس فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبي عبيد وأهل العراق ولان الاعتداد بالاشهر جعل بعد الاياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولانها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض

ولنا الاجماع الذي ذكرناه حكاه الشافعي ولان الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا يحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القروء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة الحمل ولان عليها في تطويل العدة ضرراً فانها تمنع من الازواج وتحبس دائما ويتضرر الزوج بايجاب السكنى والنفقة عليه . وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر ، فان قيل فاذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهراً فلم اعتبرتم بثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا الاعتداد بالقروء والاشهر انما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة رحمها بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعته وقع الطلاق ولزمها العدة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهراً تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة)

وهذا مبني على أن الحرة تعتد بتسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وأن عد

وانتفت البراءة الموجبة لانقضائها ولانها لو انقضت عدتها بوضع الاول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فان وضعت ولداً وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن انها لم يبق معها حمل لان الاصل بقاؤها فلا يزول بالشك

﴿ مسألة ﴾ قال (والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك ان المرأة اذ ألقت بعد فرقة زوجها شيئا لم يخل من خمسة أحوال (أحدها) أن تضع ما بان فيه خلق الآدمي من الرأس واليد والرجل فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن عدة المرأة تنقضي بالسقط اذا علم انه ولد . وممن نحفظ عنه ذلك الحسن وابن سيرين وشريح والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأحمد واسحاق

قال الاثرم قلت لابي عبدالله اذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعني تنقضي به العدة فقال اذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن اذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لانه اذا بان فيه شيء من خلق الآدمي علم انه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

الامة شهران لان مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والامة لكونه أمراً حقيقياً فاذا يئست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين وعلى قولنا ان عدة الامة شهر ونصف تكون عدتها عشرة أشهر ونصفاً ومن جعل عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة سواء

(فصل) فان عاد الحيض اليها في السنة ولو في آخرها أو عاد الى الامة قبل انقضاء عدتها على ما فيها من الاختلاف لزمها الانتقال إلى القروء لانها الاصل فبطل بها حكم البدل وان عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لان عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت، وان حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان (أحدهما) لا تعود لان العدة انقضت بالشهور فلم تعد كالصغيرة (والثاني) تعود لانها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة

(فصل) فان حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه فهي كالمسئلة التي قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لاتدري مارفعه تجلس تسعة أشهر فان لم يتبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعلم له مخالفاً . قال ابن المنذر قضى به عمر بين المهاجرين والانصار لا ينكره منكر ، وقال

(الحال الثاني) ألقت نطفة أو دما لاتدري هل هو مايخلق منه الآدمي أو لا فهذا لايتعلق به شيء من الاحكام لانه لم يثبت انه ولد لا بالمشاهدة ولا بالبينة

(الحال الثالث) ألقت مضغة لم تبن فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية بان بها انها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الاول لانه قد تبين بشهادة أهل المعرفة انه ولد

(الحال الرابع) اذا ألقت مضغة لاصورة فيها فشهد ثقات من القوابل انه مبتدأ خلق آدمي فاختلف عن أحمد فنقل أبو طالب ان عدتها لاتنقضي به ولا تصير به أم ولد لانه لم يبن فيه خلق آدمي فأشبه الدم وقد ذكر هذا قولا للشافعي وهو اختيار أبي بكر

ونقل الاثرم عن أحمد أن عدتها لاتنقضي به ولكن تصير أم ولد لانه مشكوك في كونه ولداً فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ولم يجز بيع الامة الوالدة له مع الشك في رقها فيثبت كونها ام ولد احتياطاً ولاتنقضي العدة احتياطا ، ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر العدة فقال بعض أصحابنا على هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب الشافعي لانهم شهدوا بانه خلقة آدمي أشبه مالو تصور ، والصحيح ان هذا ليس برواية في العدة لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها ،

(الحال الخامس) أن تضع مضغة لاصورة فيها ولم تشهد القوابل بانها مبتدأ خلق آدمي فهذا لا

الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم ترتفع حيضتها ؟ قال أذهب الى حديث عمر اذا رفعت حيضتها فلم تدر مما ارتفعت فانها تنتظر سنة ، قيل له فحاضت دون السنة ؟ فقال ترجع الى الحيض ، قيل له فان ارتفعت حيضتها لاتدري مما ارتفعت ؟ قال تقعد سنة أخرى وهذا قول كل من روينا عنه في المسئلة قبلها وذلك لانها لما ارتفعت حيضتها صارت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد بسنة كما لو ارتفع حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة ، لان العدة لاتبنى على عدة أخرى ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت إلى ثلاثة أشهر كاملة ولو اعتدت الصغيرة شهراً أو شهرين ثم حاضت انتقلت إلى ثلاثة قروء

(فصل) فان كانت عادة المرأة أن يتباعد مابين حيضتيها لم تنقض عدتها إلا بثلاث حيضات ، وإن طالت لان هذه لم يرتفع حيضها ولم يتأخر عن عادتها فهي من ذوات القروء باقية على عادتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم فيه مخالفاً

(مسئلة) (وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة اليائسة ثلاثة أشهر وعنه سنة)

اذا بلغت الجارية سناً تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة سنة فعدتها ثلاثة أشهر وهو ظاهر قول الخرقي وقول أبي بكر وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال رواه أبو طالب فخالف فيها أصحابه فروى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة ، قال

تنقضي به عدة ولاتصير به أم ولد لانه لم يثبت كونه ولداً ببينة ولامشاهدة فأشبه العلقة فلاتنقضي العدة بوضع ماقبل المضغة بحال سواء كان نطفة أوعلقة وسواء قيل انه مبتدأ خلق آدمي أولم يقل نص عليه أحمد فقال أما اذا كان علقة فليس بشيء انما هي دم لا تنقضي به عدة ولا تعتق به أمة ولا نعلم مخالفا في هذا الا الحسن فانه قال اذا علم أنها حمل انقضت به العدة وفيه الغرة، والاول أصح وعليه الجمهور، واقل ماتنقضي به العدة من الحمل ان تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها لان النبي ﷺ قال «ان خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك» ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن تكون بعد الثمانين فاما مابعد الاربعة أشهر فليس فيه اشكال لانه منكس في الخلق الرابع

(فصل) واقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الاثرم باسناده عن أبي الاسود انه رفع الى عمر ان امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي ليس لك ذلك قال الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وقال تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فحولان وستة أشهر ثلاثون شهراً لارجم عليها فخلى عمر سبيلها وولدت مرة اخرى لذلك الحد ورواه الاثرم أيضا عن عكرمة ان ابن عباس قال ذلك قال عاصم الاحول فقلت لعكرمة انا بلغنا ان عليا قال هذا فقال عكرمة لا ما قال هذا الا ابن عباس وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم

القاضي هذه الرواية أصح لانه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض حصلت مرتابة يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع حيضها بعد وجوده

ولنا قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) وهذه من اللائي لم يحضن، ولان الاعتبار بحال المعتدة لابحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سن تحيض لمثله النساء في الغالب مثل أن تحيض لعشر سنين اعتدت بالحيض، وفارق من ارتفع حيضها فانها من ذوات القروء

(مسئلة) (وهكذا حكم المستحاضة الناسية)

وجملة ذلك القول في المستحاضة وهي لاتخلو اما أن تكون لها حيض محكوم بعادة أو تمييز أولا فان كان لها محكوم به فحكمها فيه حكم غير المستحاضة اذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها. قال أحمد المستحاضة تعتد أيام اقرائها التي تعرف فان علمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها فعدتها ثلاثة أشهر، وإن شكت في شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت، وإن كانت مبتدأة لاتمييز لها أو ناسية لاتعرف لها وقتاً ولا تمييزاً فعن أحمد فيها روايتان

(احداهما) أن عدتها ثلاثة أشهر وهو قول عكرمة وقتادة وأبي عبيد لان النبي ﷺ أمر حمنة

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها او مات عنها لم تنكح حتى اتت بولد بعد طلاقه او موته بأربع سنين لحقه الولد وانقضت عدتها به)

ظاهر المذهب ان أقصى مدة الحمل أربع سنين، به قال الشافعي وهو المشهور عن مالك وروي عن احمد أن اقصى مدته سنتان وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لما روت جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ولان التقدير انما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ههنا ولا اتفاق انما هو على ماذكرنا وقد وجد ذلك فان الضحاك بن مزاحم وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين وقال الليث اقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري قال قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين وقال أبو عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه

ولنا أن مالا نص فيه يرجع فيه الى الوجود وقد وجد الحمل لاربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لاتزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل اربع سنين قبل أن تلد وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين وقال احمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين

بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة كل شهر، ولاننا نحكم لها بحيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام وتثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي بها العدة لان ذلك من أحكام الحيض

(والرواية الثانية) تعتد سنة بمنزلة من ارتفع حيضها لاتدري مارفعه، قال أحمد اذا كانت اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وادباره اعتدت سنة لحديث عمر لان به يتبين الحمل وهو قول مالك واسحاق لانها لم تتيقن لها حيضاً مع أنها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها، وعلى الرواية الاولى ينبغي أن يقال انا متى حكمنا بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها، وإن قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مضى لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (فأما التي عرفت مارفع الحيض من مرض ورضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به)

أما إذا عرفت ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فانها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن الاياس وقد ذكرناه فتعتد حينئذ عدة الآيسات وقد روى الشافعي في مسنده باسناده عن حبان بن منقذ أنه طلق امرأته طلقة واحدة وكان لها منه بنيه ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقيل له انك إن مت ورثتك فمضى الى عثمان وعنده علي وزيد

وامرأة محمد بن عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة اربع سنين وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن ابن علي في بطن أمه اربع سنين وهكذا ابراهيم بن نجيح العقيلي حكى ذلك أبو الخطاب واذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزاد عليه لانه ما وجد ولان عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك الا لانه غاية الحمل، وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما . اذا ثبت هذا فان المراة اذا ولدت لاربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فان الولد لاحق بالزوج وعدتها منقضية به

(فصل) وان أتت بالولد لاربع سنين منذ مات أو بانت منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها ان كانت رجعية لم يلحقه ولدها لاننا نعلم أنها علقت به بعد زوال النكاح والبينونة منه وكونها قد صارت منه أجنبية فأشبهت سائر الاجنبيات . ومفهوم كلام الخرقي أن عدتها لا تنقضي به لانه لا ينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها منه بوضعه كما لو أتت به لاقل من ستة أشهر منذ نكحها . قال أبو الخطاب هل تنقضي به العدة ؟ على وجهين

وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي لانه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها فوجب أن تنقضي به العدة ، وان لم يلحق به كالولد المنفي باللعان وبهذا فارق الذي أتت به لاقل من ستة أشهر فانه ينتفي عنه يقيناً ثم ناقضوا قولهم

ابن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد ما تريان فقالا نرى أنها ان ماتت ورثها وان مات ورثته لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الابكار اللائي لم يبلغن المحيض فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد اليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه .

وروى الاثرم باسناده عن محمد بن يحيي بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الانصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الانصارية لم أحض فاختصموا الى عثمان فقضى لها بالميراث فلامت الهاشمية عثمان فقال : هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه

﴿فصل﴾ (السادس امرأة المفقود الذى انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة أو بين الصفين اذا قتل قوم أو من غرق مركبه ونحو ذلك فانها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة)

وجملة ذلك أنه اذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين

أحدهما أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله ليلا ونهارا أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجة ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو من انكسر مركبه فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن

فقالوا لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لاقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني ولا كثر من أربع سنين من حين بانت من الاول فالولد منتف عنهما ولا تنقضي عدتها بوضعه عن واحد منهما وهذا أصح فان احتمال كونه منه لم يكف في اثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الامكان فلأن لا يكفي في انقضاء العدة أولى وأحرى، وما ذكروه منتقض بما سلموه وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذي أتت به لاقل من ستة أشهر غير صحيح فانه يحتمل أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة أو بنكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا.

وأما المنفي باللعان فانا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة اليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة اليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء عدتها من الاحكام المتعلقة بها دونه فثبتت

(فصل) وان أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت بولد لستة أشهر فصاعداً من بعد انقضائها لم يلحق نسبه بالزوج، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج وقال مالك والشافعي يلحق به مالم تتزوج أو يبلغ أربع سنين وكلام الخرقي يحتمل ذلك فانه أطلق قوله اذا أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد وذلك لانه ولد يمكن كونه منه وليس معه من هو أولى منه ولا من يساويه فوجب أن يلحق به كما لو أتت به بعد عقد النكاح

ولنا أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها وحل النكاح لها بمدة الحمل فلم يلحق به كما لو أتت

زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للازواج قال الأثرم قيل لابي عبد الله تذهب الى حديث عمر قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين، قلت فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا قال لا الا أن يكون انسان يكذب، وقلت له مرة ان انسانا قال لي أن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة وبه يقول مالك والشافعي في القديم الا أن مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت، وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لان غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه، وقد نقل عن أحمد أنه قال كنت أقول اذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشرا تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة، وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبدا، ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولا، قال القاضي أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة وعندي أن المسئلة على روايتين، وقال أبو بكر الذي أقول به أن صح الاختلاف في المسئلة أن لا نحكم بحكم بأن الا بدليل على الانتقال، وان ثبت الاجماع فالحكم فيه على ما نص عليه. وظاهر المذهب

به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل وانما يعتبر الامكان مع بقاء النكاح أو آثاره وقد زال ذلك ، وان انقضت عدتها بالشهور ثم أتت بولد لدون أربع سنين لحقه نسبه لأنها ان كانت تدعي الاياس تبينا كذبها فان من تحمل ليست بآيسة وان كانت من اللائي لم يحضن أو متوفى عنها لحقه ولدها لانه لم يوجد في حقها ماينافي كونها حاملا

(فصل) واذا مات الصغير الذى لايولد لمثله عن زوجته فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه ، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة ان مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فان ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به

وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما اذا تزوج بامرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فانها لاتعتد بوضعه عندنا ، وعنده تعتد به واحتج بقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقيناً فلم تعتد بوضعه كالو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه ، اذا ثبت هذا فان عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء شبهة أو كان من زنا لايلحق بأحد لان العدة تجب من كل وطء فاذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لان العدتين من رجلين لايتداخلان ، وان كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت

على ماحكيناه أولا نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ماحكيناه من رواية الأثرم

وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لاتتزوج امرأة المفقود حتى تتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها » وروى الحكم وحماد عن علي لاتتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه ، ولأنه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهرها السلامة

ولنا ماروى الأثرم والجوزجاني باسنادهما عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل ؟ فجاء وليه فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال له عمر أين كنت ؟ فقال ياأمير المؤمنين استهوتني الشياطين قال فوالله ماأدري في أي أرض الله ، كنت عند قوم يستعبدونني حتى غزاهم قوم مسلمون فكنت فيمن غنموه فقالوا لي أنت رجل من الانس وهؤلاء الجن فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأية أرض الله تحب أن تصبح قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر الى الحرة فخيره عمر إن

بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء وكذلك اذا طلق الخصي المجبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاة على مابيناه ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لانه قد يتصور منه الانزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة ، والصحيح أن هذا لايلحق به ولد لانه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لايمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل فانه لايلحقه نسبه ولا تنقضي العدة بوضعه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها فرق بينهما وبنت على ما مضى من عدة الاول ثم استقبلت العدة من الثاني)

وجملة الامران المعتدة لايجوز لها أن تنكح في عدتها اجماعا أي عدة كانت لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ، ولان العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ، وان تزوجت فالنكاح باطل لانها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم

شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لاحاجة لي فيها . قال أحمد يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف

وروى الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي في امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فان جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا ، فأما الحديث الذي رووه عن النبي ﷺ فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن ومارووه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا، ثم يحمل ماورووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه وبين ما رويناه وقولهم انه شك في زوال الزوجية ممنوع فان الشك ما يتساوي فيه الامران والظاهر في مسئلتنا الهلاك

(فصل) وهل يعتبر ان يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان (احداهما) يعتبر ذلك لانه في حديث عمر الذي رويناه ، وقد قال أحمد هو أحسنها ، وذكر في حديث علي أنه يطلقها ولي زوجها (والثانية) لا يعتبر كذلك قاله ابن عمر وابن عباس وهو القياس فان ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ولاننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو

يدخل بها فالعدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لاتصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الاول لانها ناشز ، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله ، وقال أبو حنيفة لاتنقطع لان كونها فراشاً لغير من له العدة لايمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فانها تعتد ، وان كانت فراشاً للزوج ، وقال القاضي ان وطئها عالما بانها معتدة وانها تحرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لانها لاتصير به فراشاً ولا يلحق به نسب ، وان كان جاهلا انها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لانها تصير به فراشاً ، والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشاً ينافي ذلك فوجب أن يقطعها فأما طريانه عليها فلا يجوز

ولنا أن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كالوجهل، وقولهم انها لاتصير به فراشاً قلنا لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الاول فهما شيئان. اذا ثبت هذا فعليه فراقها فان لم يفعل وجب التفريق بينهما فان فارقها أو فرق بينهما وجب عليها أن تكمل عدة الاول لان حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فاذا أكملت عدة الاول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لانهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي

وقال أبو حنيفة يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الاول وعدة الثاني لان القصد معرفة براءة الرحم وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعاً

ولنا ماروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت

تيقنت وفاته ولانه قد وجد دليل هلاكه على وجه اباح التزويج لها وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبه مالو شهد به شاهدان

﴿مسئلة﴾ (وهل تفتقر الى رفع الامر الى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة؟ على روايتين)

(احداهما) تفتقر لانها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة ، فعلى هذا يكون ابتداء المدة من آن ضربها الحاكم

(والثانية) لا تفتقر لانها مدة تعتبر لاباحة النكاح فلم تفتقر الى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره وبعد اثره ولان هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعية وجهان كالروايتين

﴿مسئلة﴾ (واذا حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن فلو طلق الاول صح طلاقه) لانا حكمنا بالفرقة على أن الظاهر هلاكه فاذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بينة كاذبة ولذلك خير في أخذها وكذلك إن ظاهر او آلى او قذف لان نكاحه باق بدليل تخييره في أخذها ، وقال أبو الخطاب القياس أنا اذا حكمنا بالفرقة نفذ ظاهرا وباطنا فتكون امرأة

رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربهما عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول وكان خاطباً من الخطاب، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً

وروى باسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ماأفسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولانه حبس يستحقه الرجل على النساء فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة

(مسئلة) قال (وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين)

يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد قضاء العدتين . فأما الزوج الاول فان كان طلاقه ثلاثا لم تحل له بهذا النكاح وان وطيء فيه لانه نكاح باطل، وان كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين، وان كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه

وعن احمد رواية أخرى أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد وهو قول مالك وقديم قولي

الثاني ولا خيار للاول لانها بانت منه بفرقة الحاكم في محل مختلف فيه فنفذ حكمه في الباطن كما لو فسخ نكاحها لعسرته أو عيبه فلهذا لم يقع طلاقه وان لم يحكم بفرقته باطنا فهي امرأة الاول ولا خيار له

(مسئلة) (فاذا فعلت ذلك يعني تربصت أربع سنين واعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت ثم قدم زوجها الاول فان كان قبل أن تتزوج فهي امرأته)

وقال بعض أصحاب الشافعي اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول والذي ذكرنا أولى لاننا انما أبحنا لها التزويج لان الظاهر موته فاذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته فبان حيا ولانه أحد المالكين فأشبه مالك المال فان قدم بعد التزويج وكان قبل دخول الثاني بها فكذلك ترد اليه وليس على الثاني صداق لاننا تبينا أن النكاح باطل ولم يتصل به دخول، قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وانما تخير بعد الدخول، وهذا قول عطاء والحسن وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك واسحاق، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير اخذه من عموم قول أحمد اذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خصوصه في رواية الاثرم وأنه لا يتخير الا بعد الدخول فتكون زوجة الاول رواية واحدة لان النكاح انما صح في الظاهر دون الباطن فاذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لانه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته، وتعود الى الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج

الشافعي لقول عمر لاينكحها أبداً ، ولانه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته كالوارث اذا قتل موروثه ولانه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان

وقال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه ولانه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولان العدة انما شرعت حفظا للنسب وصيانة للماء والنسب لاحق به ههنا فأشبه مالو خالعها ثم نكحها في عدتها وهذا حسن موافق للنظر

ولنا على اباحتها بعد العدتين انه لايخلو اما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لايقتضي التحريم بدليل مالو نكحها بلا ولي ووطئها ولانه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا أولى ولان آيات الاباحة عامة كقوله تعالى (وأحل لكم ماوراء ذلكم) وقوله (والمحصنات من المؤمنات) فلايجوز تخصيصها بغير دليل، ماروي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه .

وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم الى قول علي فان علياً قال : اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول علي وقياسهم يبطل بما اذا زنى بها فانه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد، ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه

﴿مسئلة﴾ (وان قدم بعد دخول الثاني بها خير الاول بين أخذها فتكون امرأته بالعقد الاول وبين صداقها وتكون زوجة الثاني)

وهذا قول مالك لاجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو رواه الجوزجاني والاثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم وقال على ذلك في الحديث الذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا . فعلى هذا ان أمسكها الاول فهي زوجته بالعقد الاول، والمنصوص عن أحمد ان الثاني لا يحتاج الى طلاق لان نكاحه كان باطلا في الباطن وقال القاضي قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لان هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأمورا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الانكحة الفاسدة ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني ، وان لم يخترها الاول فانها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقدا جديدا . قال شيخنا : والصحيح أنه يجب أن تستأنف لها عقدا لانا تبينا بطلان عقده بمجيء الاول ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فان زوجة الانسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها

﴿مسئلة﴾ (ويأخذ منه صداقها) أي يأخذ الزوج الاول من الزوج الثاني اذا تركها له صداقها لقضاء الصحابة بذلك

﴿مسئلة﴾ (وهل يأخذ منه صداقها الذي أعطاها أو الذي اعطاها الثاني ؟ على روايتين)

قول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولانه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الاجنبي

(فصل) وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره ، والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لان نكاحها يفضي الى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما

﴿مسئلة﴾ قال (وان أتت بولد يمكن أن يكون منهما أري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه واعتدت للآخر)

وجملته انها اذا كانت حاملا انقضت عدتها منه بوضع حملها لقوله سبحانه (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ثم ننظر فان كان يمكن أن يكون من الاول دون الثاني وهو أن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقضي عدتها به منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني، وان أمكن كونه من الثاني دون الاول وهو أن

اختلف عن أحمد فيما يرجع به فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذي ساق اليها هو ولانه أتلف عليه المعوض فرجع عليه بالعوض كشهود الطلاق اذا رجعوا عن الشهادة، فعلى هذا ان كان لم يدفع اليها الصداق لم يرجع بشيء وان كان دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق ويرجع المرأة عليه بما بقي عليه من صداقها ، وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لان الاتلاف من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم الا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الاول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد

(احداهما) يرجع به لانها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور، ولان ذلك يفضي الى أن يلزمه مهران بوطء واحد

(والثانية) لا يرجع لان الصحابة لم يقضوا بالرجوع فان سعيد بن المسيب روى أن عليا وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ثم تتزوج ان بدا لها ، فان جاء زوجها خير اما امرأته واما الصداق فان اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وتثبت عنده ، وان اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي

تأتي به لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثاني ولا كثر من أربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملصق بالثاني دون الاول فتنقضي به عدتها من الثاني ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثاني ههنا على عدة الاول لانه لايجوز أن يكون الحمل من انسان والعدة من غيره . وان أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الاول أري القافة فان ألحقته بالاول لحق به كما لوأمكن أن يكون منه دون الثاني وان ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لوأمكن كونه من الثاني دون الاول . فان أشكل أمره على القافة أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ، لانه ان كان من الاول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الاول ليسقط الفرض بيقين . فأما الولد فقال أبو بكر : يضيع نسبه لانه لادليل على نسبته الى واحد منهما فأشبه ما لوكان مجنونا لم ينتسب الى واحد منهما . وقال أبوعبدالله بن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب الى أحدهما . وان ألحقته القافة بهما لحق بهما .ومقتضى المذهب أن تنقضي عدتها به منهما جميعاً لان نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما

وان نفته القافة عنهما فحكمه حكم مالو أشكل أمره وتعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ولا ينتفي عنهما بقول القافة لان عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش لافي النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف عنه بقولها

فأما ان ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولاكثر من أربع سنين من فراق الاول لم

عدتها ، وان قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وترجع الى الاول رواه الجوزجاني ولان المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها وان قلنا يرجع عليها فان كان قد دفع اليها الصداق رجع به وان كان لم يدفعه اليها دفعه الى الاول ولم يرجع عليها بشيء وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ، وان قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به وان لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه ويدفع الى الاول صداقا آخر

(فصل) قال شيخنا (والقياس أن ترد الى الاول ولا خيار)

لان زوجها لم يطلقها ولم ينفسخ نكاحه فردت اليه كما لو تزوجت لبينة قامت بوفاته ثم تبين كذبها بقدومه الا أن يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فينفسخ نكاح الاول لان نكاحه انفسخ بحكم حاكم ووقوع نكاح الثاني بعد بطلان نكاح الاول وقضاء عدتها فأشبه مالو طلقها الاول فتكون زوجة الثاني بكل حال لذلك وعن أحمد التوقف في أمره وقد ذكرناه فيما مضى والمذهب الاول أولى

(فصل) اذا فقدت الامة زوجها لغيبة ظاهرها الهلاك تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام ، وهذا اختيار أبي بكر، وقال القاضي تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن

يلحق بواحد منهما ولا تنقضي به عدتها منه لاننا نعلم انه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فتجب عليها عدتان واتمام العدة الاولى

(فصل) واذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب. وان كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر. وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا نسب له. وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها والنسب لاحق به وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فاشبه نكاح ذوات محارمه

(فصل) واذا خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه فله ان يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي واصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولنا ان العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح فاذا تزوجها انقطعت العدة لان المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز ان تكون زوجة معتدة فان وطئها ثم طلقها لزمتها عدة مستأنفة ولا شيء عليها من الاولى لانها قد انقطعت وارتفعت وان طلقها قبل ان يمسها فهل تستأنف العدة أو تبني على ما مضى؟ قال القاضي فيه روايتان (احداهما) تستأنف وهو قول أبي حنيفة لانه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالاول (والثانية) لا يلزمها استئناف عدة وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه (ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها

أحمد وهو قول الاوزاعي والليث لانها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الامة فيه على النصف من الحرة كعدة الوفاة.

ولنا أن الاربع السنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل في الامة والحرة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الاشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه وكالحمل نفسه، وبهذا ينتقض قياسهم فأما العبد فان كانت زوجته حرة فتربصها كتربص الحرة تحت الحر، وان كانت أمة فهي كالامة تحت الحر لان العدة معتبرة بالنساء دون الرجال فكذلك مدة التربص، وحكي عن الزهري ومالك أنه يضرب له نصف أجل الحرة، والاولى ما قلناه لانه تربص مشرع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبهت العدة

(الثاني) من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة واباق العبد وطلب العلم والسياحة فان امرأته تبقى أبدا حتى تتيقن موته روي ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن ابي ليلى وأبو حنيفة والشافعي في الجديد، وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد وقال مالك، والشافعي

وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها اتمام بقية العدة الاولى لان اسقاطها يفضي الى اختلاط المياه لانه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد، فان خلعها حاملا ثم تزوجها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفاً ولا تنقضي عدتها قبل وضعها بغير خلاف نعلمه، وان وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً لانه نكحها بعد قضاء عدة الاول، وان وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة اوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة لان العدة الاولى انقضت بوضع الحمل اذ لا يجوز ان تعتد الحامل بغير وضعه، وان كانت من ذوات القروء او الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني فان قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء او ثلاثة أشهر وان قلنا تبني اتمت العدة الاولى بقرأين أو شهرين

(فصل) وان طلقها طلاقا رجعيا ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الاولى برجعته لانه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثاني لانه طلاق من نكاح اتصل به المسيس وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبني على العدة الاولى فيه روايتان (اولاهما) أنها

في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للازواج لانه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع اولى. واحتجوا بحديث عمر الذي ذكرناه في المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم انكاره ونقل أحمد بن اصرم عن احمد إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله، وهذا يقتضي ان زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تزوج، قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لان الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها فاذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده لغيبة ظاهرها الهلاك، والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل أربع سنين أو كما قبل التسعين ولان هذا التقدير بغير توقيف فلا ينبغي ان يصار اليه إلا بالتوقيف ولان تقدير هذا بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن غيبته ظاهرها الهلاك فلا يقاس عليه غيره

﴿ فصل ﴾ فان كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته ان تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا ان يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها ان تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه . وأجمعوا ان امرأة الاسير لا تنكح حتى يعلم يقين وفاته هذا قول النخعي والزهري ويحيى الانصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي، وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته اوردته وبه قال الاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وقال الحسن اباقه طلاقه

تستأنف لان الرجعة ازالت شعث الطلاق الاول وردتها الى النكاح الاول فصار الطلاق الثانى طلاقا من نكاح اتصل به المسيس والثانية تبني لان الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة، فان فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أوغيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لان موجبه في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لانهما جنسان بخلاف الطلاق وان لم يرتجعها بلفظه لكن وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة أولا ؟ فيه روايتان

(احداهما) تحصل به الرجعة فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء (والثانية) لاتحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لانه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة، وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لانهما من رجل واحد، وان حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الاولى ؟ على وجهين (أحدهما) تدخل لانهما من رجل واحد (والثاني) لاتدخل لانهما من جنسين فعلى هذا اذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وان وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان فان قلنا يتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل وان قلنا لايتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل، وتستأنف عدة الوطء بالقروء

(فصل) فان طلقها طلاقا رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا انها تبني على عدة

ولنا أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الانفاق من ماله على زوجته فحكمه في الفسخ حكم ماذكرنا إلا ان العبد نفقة زوجته على سيده أوفي كسبه فيعتبر تعذرالانفاق في محل الوجوب

﴿فصل﴾ إذا تزوج الرجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فان أحمد قال يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسين بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والنخعي ومالك وإسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبد العزيز حتى ينظر بها حمل اولا ، وانما قالوا ذلك لانها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه وان كان للميت ولد أو أب أوجد لم يحتج إلى استبرائها لان الحمل لاميراث له وان كانت حاملا فقد تبين حملها فلم يحتج الى استبرائها لان الحمل معلوم، وان كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها ، وان كانت ممن يمكن حملها ولم يتبين بها حمل ولم يعزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لانا لانتيقن وجوده حال موته وهذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

﴿مسئلة﴾ (ومن مات عنها زوجها أو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم مات أوطلق وان لم تجتنب ماتجتنبه المعتدات وعنه ان ثبت ذلك ببينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر)

والمشهور في المذهب أنه متى مات عنها أو طلقها زوجها فعدتها من يوم موته وطلاقه قال أبو بكر لاخلاف

الاول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الاول رجعتها في بقية عدتها منه لان الرجعة امساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج امساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح ، وقيل ليس له رجعتها لانها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة ، والصحيح الاول فان التحريم لا يمنع الرجعة كالاحرام ، ويفارق الردة لانها جارية الى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة ، واذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لانها ليست منه ، واذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه ، وان كانت معتدة بالحمل لم يمكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لانها بالقروء فاذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني ، وان كان الحمل ملحقاً بالثاني فانها تعتد به عن الثاني وتقدم عدة الثاني على الاول فاذا أكملتها شرعت في اتمام عدة الاول وله حينئذ أن يرتجعها لانها في عدته ، وان أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الاجنبية أو المرتدة ، والثاني له رجعتها لان عدتها منه لم تنقض ، وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة

(فصل) اذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فان أحمد قال يعتزل امرأته

عن أبي عبد الله علمه ان العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا مارواه إسحاق بن ابراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر وروي ذلك عن ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويروى عن علي والحسن وقتادة وعطاء وخلاس بن عمرو ان عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة من اجتناب اشياء وما اجتنبتها

ولنا أنها لو كانت حائلا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدد ولانه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب ان تعتد به كما لو كان حاضراً ولان القصد غير معتبر في العدة بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتها من غير قصد ولم يعدم ههنا إلا القصد وسواء في هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه فان الاحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصداً أو عن غير قصد لانقضت عدتها فان الله تعالى قال (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ـ وقال يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ وقال فعدتهن ثلاثة أشهر ـ وقال وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب ان تشترط

حتى تحيض حيضة ، وهذا يروى عن علي بن أبي طالب والحسن ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسن بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبدالعزيز والنخعي ومالك واسحاق وأبو عبيد قال عمر بن عبدالعزيز لايقربها حتى ينظر بها حمل أم لا وانما قالوا ذلك لانها ان كانت حاملا حين موته ورثه حملها ، وان حدث الحمل بعد الموت لم يرثه فان كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج الى استبرائها لان الحمل لاميراث له ، وان كانت حاملا قد تبين حملها لم يحتج الى استبرائها لان الحمل معلوم ، وان كانت آيسة لم يحتج الى استبرائها لليأس من حملها ، وان كانت ممن يمكن حملها ولم يبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث ، وان أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لانا لانتيقن وجوده حال موته هذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

(فصل) في أحكام المفقود اذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين (أحدهما) أن تكون غيبة غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين الا أن يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها أن تطالب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا على أن زوجة الاسير لاتنكح حتى تعلم يقين وفاته وهذا قول النخعي والزهري ويحيى الانصاري ومكحول والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور واسحاق وأصحاب الرأي وان أبق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو ردته وبه قال الاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وقال الحسن اباقه طلاقه

﴿مسئلة﴾ (وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة)

وبهذا قال الشافعي لان وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فكان مثله فيما تحصل به البراءة وان وطئت المزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لانها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فابيح الاستمتاع منها بما دونه كالحيض (والثاني) لاتحل لان ماحرم الوطء حرم دواعيه كالاحرام

﴿ فصل ﴾ وكذلك المزني بها عدتها عدة الموطوءة بشبهة وبهذا قال الحسن والنخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى وهو قول مالك لان المقصود به معرفة البراءة من الحمل فاشبه استبراء الامة ، وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لاعدة عليها وهو قول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي لان العدة لحفظ النسب وقد روي عن علي رضي الله عنه مايدل على ذلك

ولنا انه وطء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة واما وجوبها كعدة المطلقة فلانها حرة فاشبهت الموطوءة بشبهة ، وقولهم انما تجب لحفظ النسب قلنا لو وجب لذلك لما وجب على الملاعنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الامة التي لايلحق ولدها بالبائع ولو وجب كذلك

ولنا أنه ليس بمفقود فلم ينفسخ نكاحه كالحر ، ومن تعذر الانفاق من ماله على زوجته فحكمها في الفسخ حكم ماذكرنا الا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الانفاق من محل الوجوب .

(الحال الثاني) أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يكون ظاهر غيبته السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وإباق العبد وطلب العلم والسياحة فلا تزول الزوجية أيضاً مالم يثبت موته . وروي ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وروي ذلك عن أبي قلابة والنخعي وأبي عبيد

وقال مالك والشافعي في القديم تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للازواج لانه اذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة وتعذر النفقة بالاعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى واحتجوا بحديث عمر في المفقود مع موافقة الصحابة له وتركهم انكاره

ونقل أحمد بن أصرم عن أحمد اذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ، قال أصحابنا انما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لان الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا العمر فاذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك والمذهب الاول لان هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته كما قبل الاربع سنين أو كما قبل

كان استبراء الامة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت فالحاجة اليها داعية فان المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبه ولد الزوجة بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب

﴿ فصول تتعلق بالمفقود ﴾

إذا اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة مادام حيا وينفق عليها من ماله لانها محكوم لها بالزوجية فيجب لها النفقة كما لو علمت حياته ، فاذا تبين أنه كان حيا وقدم فلا كلام وان تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينونتها منه ويرجع عليها بالباقي لانا تبينا أنها انفقت مال غيره أو انفقت من ماله وهي غير زوجة له ، وان رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لان مدة العدة لم يحكم فيها ببينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فاشبه ماقبل العدة واما مدة العدة فانها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فان موته متيقن، وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها اسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وان لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لانها لم تخرج من نكاحه ، فان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد، وقد روى الأثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر ينفق عليها من مال زوجها وقال ابن عباس إذاً يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فاذا جاء زوجها أخذت من ماله وان مات اخذت من نصيبها من الميراث وقالا ينفق عليها

التسعين ولان هذا التقدير بغير توقيف والتقدير لاينبغي أن يصار اليه الا بالتوقيف لان تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي الى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عمر الزوج ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن ظاهر غيبته الهلاك فلا يقاس عليه غيره

(القسم الثاني) أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهاراً أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي الى مكان قريب ليقضي حاجته ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفين أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للازواج .

قال الاثرم قيل لابي عبد الله تذهب الى حديث عمر ؟ قال هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عن هذا هؤلاء الكذابين ، قلت فروي من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا قال لا الا أن يكون انسان يكذب ، وقلت له مرة ان انسانا قال لي ان أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال من ترك هذا القول أي شيء يقول؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير . قال أحمد خمسة من أصحاب النبي ﷺ وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتادة والليث وعلي بن المديني وعبد العزيز بن أبي سلمة

بعد في العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة اشهر وعشرا ، وان قلنا ليس لها ان تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج، فان تزوجت سقطت نفقتها لانها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً، وان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في العدة فاذا انقضت فلم تعد إلى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً لانها باقية على النشوز وان عادت إلى مسكنه احتمل ان تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل انها لا تعود لانها ماسلمت نفسها اليه، وان عاد فتسلمها عادت نفقتها، ومتى انفق عليها ثم بان ان الزوج كان قدمات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها فان لم يرث شيئاً فهو عليها لانها انفقت من مال الوارث مالا تستحقه ، فاما نفقتها على الزوج الثاني فان قلنا لها ان تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم الانكحة الصحيحة وان قلنا ليس لها ان تتزوج فلا نفقة لها فان انفق لم يرجع بشيء لانه متطوع إلا ان يجبره الحاكم على ذلك فيحتمل ان يرجع بها لانه الزمه أداء ما لم يكن واجبا عليه ويحتمل ان لا يرجع به لان ماحكم به الحاكم لايجوز نقضه مالم يخالف كتابا أو سنة او اجماعاً فان فارقها بتفريق الحاكم اوغيره فلا نفقة لها ، إلا ان تكون حاملا فينبني وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل اولها من اجله ؟ فان قلنا هي للحمل فلها النفقة لان نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الانفاق على ولده وان قلنا لها من اجله فلا نفقة لها لانها في غير نكاح صحيح فاشبه حمل الموطوءة بشبهة ، وإذا اتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لانها صارت فراشا له وقد علمنا ان الولد ليس من الاول لانها

وبه يقول مالك والشافعي في القديم الا أن مالكا قال ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت . وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفين تتربص سنة لان غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه

وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول اذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأني أحب السلامة وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبداً ويحتمل التورع ويكون المذهب ماقاله أولا

قال القاضي : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة . وعندي ان المسئلة على روايتين وقال أبو بكر الذي أقول به ان صح الاختلاف في المسئلة ان لا يحكم بحكم ثان الا بدليل على الانتقال وان ثبت الاجماع فالحكم فيه على ما نص عليه وظاهر المذهب على ماحكيناه أولا نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ماحكيناه من رواية الأثرم

وقال أبو قلابة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه لما روى المغيرة أن النبي ﷺ قال « امرأة المفقود امرأته حتى يأتي زوجها » وروى الحكم وحماد عن علي لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه لانه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهر غيبته السلامة

تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لان الولد منه، وعليها ان ترضعه اللبأ لان الولد لا يقوم بدنه إلا به فان ردت إلى الاول فله منعها من رضاعه كما له ان يمنعها من رضاع أجنبي لان ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من رضاعه لان هذا حال ضرورة فان ارضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ويده وان ارضعته في غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها لانها ناشز وان كان باذنه خرج على الروايتين فيما إذا سافرت باذنه

(فصل) في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها، متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزوجها الثاني ورثته وورثها وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لاننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير، وذكر القاضي فيها رواية أنه يخير فيها، فعلى هذه الرواية حكمها حكم ما لو دخل بها الثاني فأما إذا دخل بها الثاني وقدم زوجها الأول فاختارها ردت اليه وورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لانه لا زوجية بينهما، وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه فان قلنا أن لها أن تزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها، لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يخترها ورثها الثاني، هذا ظاهر قول أصحابنا. وأما على ما اختاره شيخنا فانها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لا يعلم أن الأول كان حياً ومتى علم أن الاول كان حياً ورثها وورثته الا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا

ولنا ما روى الأثرم والجوزجاني باسنادهما عن عبيد بن عمير قال فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته الى عمر فذكرت ذلك له فقال انطلقي فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أتته فقال انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ثم أتته فقال أين ولي هذا الرجل؟ فقال طلقها ففعل فقال لها عمر انطلقي فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الاول فقال عمر أين كنت؟ قال يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون فكنت فيما غنموه فقالوا لي أنت رجل من الانس وهؤلاء من الجن فمالك ومالهم؟ فأخبرتهم خبري فقالوا بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت المدينة هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر الى الحرة، فخيره عمر ان شاء امرأته وان شاء الصداق فاختار الصداق وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها. قال احمد يروى عن عمر من ثلاثة وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف

وروى الجوزجاني وغيره باسنادهم عن علي في امراة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فان جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته، وقضى به عثمان أيضاً وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم. وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعا

فأما الحديث الذي رووه عن النبي ﷺ فلم يثبت ولم يذكره اصحاب السنن وما رووه عن

ترثه ولا يرثها، وعلى قول أبي الخطاب ان حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها دون الاول وان لم يحكم بوقوع الفرقة باطناً ورثت الاول وورثها دون الثاني، فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة، وان مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد، فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر، وقال ابن حامد لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء، فان ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الاول فان أكملتها اعتدت للآخر، وان مات الاول أولا فكذلك، وان مات الثاني أولا بدأت بعدته فان مات الاول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الأول فاذا أكملتها أتمت عدة الثاني، وان علم موت أحدهما وجهل موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الاول لانه أسبق وأولى وان كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لان الولد منه ثم تبتدىء بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشر.

(فصل) إذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه نحو أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزوج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل وقال القاضي ان تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان (أحدهما) هو صحيح لانها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزوجها كما لو علمت ذلك

علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا . ثم يحمل ماروه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين مارويناه . وقولهم انه شك في زوال الزوجية ممنوع فان الشك ما تساوى فيه الامران والظاهر في مسئلتنا هلاكه

(فصل) وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان (احداهما) يعتبر ذلك لانه في حديث عمر الذي رويناه وقد قال أحمد هو أحسنها . وذكر في حديث علي أنه يطلقها ولي زوجها (والثانية) لا يعتبر ذلك . كذلك قال ابن عمر وابن عباس وهو القياس فان ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته . ولاننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا تجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولانه قد وجد دليل هلاكه على وجه اباح لها التزويج وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبه مالو شهد به شاهدان

(فصل) وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين (احداهما) يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم لانها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة (والثاني) من حين انقطع خبره وبعد أثره لان هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعي وجهان كالروايتين

(والثاني) لا يصح لانها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه ، وأصل هذا من باع عيناً في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالارث هل يصح البيع؟ فيه وجهان كذا ههنا ومذهب الشافعي مثل هذا .

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها والمرتابة قبل زوال الريبة .

(فصل) وان غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فان عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق، وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الاثرم باسناده عن أبي المليح عن سهية أن زوجها صيفي بن فشيل نعى لها من قيذائيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الأول قدم فاتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا ثم قال كيف اقضي بينكما وأنا على هذه الحال؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فلما قتل عثمان أتينا علياً فخير الزوج الاول بين الصداق والمرأة فاختار الصداق فأخذ مني الفين ومن زوجي الآخر الفين فان حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليها لانها سبب في إيجابها وان شهدا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجده من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لانهما سبب الاستيلاء عليه ولذلك تضمين المتلف لانه أتلف ماله بغير إذنه .

(فصل) فان قدم زوجها الاول قبل أن تتزوج فهي امرأته ، وقال بعض أصحاب الشافعي اذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الاول،والذي ذكرنا أولى لاننا انما أبحنالها التزويج لان الظاهر موته فاذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حياً ولانه أحد الملكين فأشبه ملك المال ، فاما ان قدم بعد أن تزوجت نظرنا فان كان قبل دخول الثاني بها فهي زوجة الاول ترد اليه ولا شيء،قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته وانما التخيير بعد الدخول وهذا قول الحسن وعطاء وخلاس بن عمرو والنخعي وقتادة ومالك واسحاق ، وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير وأخذه من عموم قول أحمد اذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته ، والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه في رواية الاثرم وأنه لا تخيير الا بعد الدخول فتكون زوجة الاول رواية واحدة لان النكاح انما صح في الظاهر دون الباطن فاذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لانه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته وليس عليه صداق لانه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ويعود الزوج بالعقد الاول كما لو لم تتزوج ، وان قدم بعد دخول الثاني بها خير الاول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الاول وبين أخذ صداقها وتكون زوجة الثاني وهذا قول مالك لاجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا ان جاء زوجها الاول خير بين المرأة وبين الصداق الذي

(فصل) وان وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الاول ثم استأنفت العدة من الوطء ، إنما كان كذلك لان العدتين من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتتم عدة الاول وتجب للثاني عدة كاملة بعد قضاء عدة الأول

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت بائناً فأصابها المطلق عمداً فكذلك)

لانها قد صارت اجنبية منه فأشبه وطء الأجنبي ، وان أصابها بشبهة استأنفت العدة من الوطء ودخلت فيها بقية الاولى لان الوطء بالشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية الاولى في العدة الثانية

﴿ مسئلة ﴾ (وان تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ)

وجملة ذلك ان المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها اجماعا لقول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولان العدة انما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب فان تزوجت فالنكاح باطل لانها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الاول فكان نكاحا باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها فان لم يدخل بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لانه باطل لا تصير به المرأة فراشاً ولا يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط نفقتها وسكناها عن الزوج الأول لانها ناشز، وان وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله، وقال أبو حنيفة لا ينقطع لان كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة فانها تعتد وان كانت فراشاً للزوج ،

ساق هو رواه الجوزجاني والأثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم ، وقال علي ذلك في الحديث لذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان اجماعا فعلى هذا ان أمسكها الاول فهي زوجته بالعقد الاول ، والمنصوص عن احمد أنه لا يحتاج الثاني الى طلاق لان نكاحه كان باطلا في الباطن ، وقال القاضي قياس قوله أنه يحتاج الى طلاق لان هذا نكاح مختلف في صحته فكان مأموراً بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الانكحة الفاسدة ويجب على الاول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني ، وان لم يخترها الاول فانها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقداً جديداً ، والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقداً لاننا تبينا بطلان عقده بمجيء الاول ، ويحمل قول الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فان زوجة الانسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها وقال ابو الخطاب القياس اننا ان حكمنا بالفرقة ظاهراً وباطنا فهي امرأة الثاني ولا خيار للاول لانها بانت منه بفرقة الحاكم فأشبه مالو فسخ نكاحها لعسرته ، وان لم نحكم بفرقته باطنا فهي امرأة الاول ولا خيار له

(فصل) ومتى اختار الاول تركها فانه يرجع على الثاني بصداقها لقضاء الصحابة بذلك ولانه حال بينه وبينها بعقده عليها ودخوله بها ، واختلف عن أحمد فيما يرجع به فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن والزهري وقتادة وعلي بن المديني لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينهما وبين الصداق الذي ساق هو ولانه أتلف عليه المعوض فرجع عليه

وقال الشافعي ان وطئها عالماً بأنها معتدة وانه محرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لانها لا تصير به فراشا ولا يلحق به نسب، وان كان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لانها تصير به فراشا، والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشا ينافي ذلك فوجب ان يقطعها فأما طريانه عليها فلا يجوز

ولنا ان هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كالوجهل ، وقولهم إنها لا تصير به فراشاً قلنا لكنه لا يلحق الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول فهما سيان ، إذا ثبت هذا فعليه فراقها فان لم يفعل وجب التفريق بينهما.

﴿ مسألة ﴾ (ثم إذا فارقها بنت على عدة الاول ثم استأنفت العدة من الثاني) إنما بنت على عدة الاول لان حقه أسبق ولان عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فاذا كملت عدة الاول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان لانهما من رجلين ، وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة تتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الاول وعدة للثاني لان القصد معرفة براءة الرحم وهذا يحصل به براءة الرحم منهما جميعاً .

ولنا ماروى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحت في عدتها فضربها عمر رضي الله عنه وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق

بالعوض كشهود الطلاق اذا رجعوا عن الشهادة فعلى هذا ان كان لم يدفع اليها الصداق لم يرجع بشيء وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني لان اتلاف البضع من جهته والرجوع عليه بقيمته والبضع لا يتقوم الا على زوج أو من جرى مجراه فيجب الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الاول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه؟ فيه روايتان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد احداهما يرجع به لانها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور (والثانية) لا يرجع بها وهو أظهر لان الصحابة لم يقضوا بالرجوع فان سعيد بن المسيب روى ان عمر وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها؟ أن تربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ثم تزوج ان بدا لها فان جاء زوجها خير اما امرأته واما الصداق فان اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وثابت عنده وان اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها وان قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفي عنها وترجع الى الاول رواه الجوزجاني ولان المرأة لا تغرير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها فان قلنا يرجع عليها فان كان قد دفع اليها الصداق رجع به وان كان لم يدفعه لليها دفعه الى الاول ولم يرجع عليها بشيء، وان كان قد دفع بعضه رجع بما دفع وان قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع اليها الصداق لم يرجع به، وان لم يكن دفعه اليها لزمه دفعه ويدفع الى الاول صداقا آخراً.

بينهما ثم قال . أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها يفرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبداً وروى باسناده عن علي انه قضى في التي بتزوج في عدتها في انه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما افسدت من عدة الاول وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولانه حبس يستحقه الرجال على النساء فلم يجز ان تكون المرأة في حبس رجلين كالزوجة

﴿ مسئلة ﴾ (وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة او في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطيء وغيره)

قال شيخنا والاولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ان كان يلحقه نسب ولدها لان العدة لحفظ مائه وصيانة نسبه ولا يصان ماؤه المحترم عن مائه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك ابيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لانه يفضي إلى اشتباه النسب فالواطيء كغيره في ان النسب لا يلحق بواحد منهما .

﴿ مسئلة ﴾ (وان أتت بولد من احدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر ايهما كان)

(فصل) وان اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين امره فلها النفقة مادام حياً وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره لانها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته فاذا تبين انه مات أو فارقها فلها النفقة الى يوم موته او بينونتها منه ويرجع عليها بالباقي لانا تبينا أنها انفقت مال غيره أو انفقت من ماله وهي غير زوجة له وان رفعت أمرها الى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لان مدة التربص لم يحكم فيه بينونتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجية فأشبه ما قبل المدة وأما مدة العدة فلأنها غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة فان موته متيقن وما بعد العدة ان تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لانها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وان لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفقتها باقية لانها لم تخرج بعد من نكاحه وان قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد ، وقد روى الاثرم والجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر ينفق عليها من مال زوجها، وقال ابن عباس اذا يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فان جاء زوجها أخذت من ماله وان مات أخذت من نصيبها من الميراث وقالا ينفق عليها بعد في العدة بعد الاربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً وان قلنا ليس لها ان تتزوج لم تسقط نفقتها مالم تتزوج فان تزوجت سقطت نفقتها لانها

وجملة ذلك ان التي تزوجت في عدتها اذا كانت حاملا انقضت عدتها بوضع حملها لقول الله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) فان كان يمكن ان يكون من الاول دون الثاني وهو ان تأتي به لدون ستة اشهر من وطء الثاني واربع سنين فما دونها من فراق الاول فانه يلحق بالاول وتنقضي عدتها منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني وان امكن كونه من الثاني دون الاول وهو ان تأتي به لستة اشهر فما زاد إلى اربع سنين من وطء الثاني ولاكثر من اربع سنين منذ بانت من الاول فهو ملحق بالثاني وحده تنقضي به عدتها منه ثم تتم عدة الاول وتقدم عدة الثاني ههنا لانه لا يجوز ان يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره

﴿ مسئلة ﴾ (وان امكن ان يكون منهما وهو ان تأتي به لستة اشهر فصاعدا من وطء الثاني ولاربع سنين فما دونها من بينونتها من الاول اري القافة معهما فان الحقته بالاول لحق به كما لو امكن ان يكون منه دون الثاني وان الحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو امكن ان يكون من الثاني دون الاول فان الحقته بهما لحق بهما)

ومقتضي المذهب ان تنقضي عدتها به منهما جميعا لان نسبه ثبت منهما كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي ثبت نسبه منها فاما أن نفته القافة عنهما أو أشكل امره فعلى هذا تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء لانه ان كان من الاول فقد اتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها ان تكمل عدة

بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزاً وان فرق بينهما فلا نفقة لها مادامت في العدة فاذا انقضت فلم تعد الى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضاً لانها باقية على النشوز وان عادت الى مسكنه احتمل ان تعود النفقة لان النشوز المسقط لنفقتها قد زال ويحتمل الا تعود لانها ماسلمت نفسها اليه وان عاد فتسلمها عادت نفقتها ومتى انفق عليها ثم بان ان الزوج كان قدمات قبل ذلك حسب عليها ما انفق عليها من حين موته من ميراثها فان لم ترث شيئاً فهو عليها لانها أنفقت من مال الوارث مالا تستحقه فأما نفقتها على الزوج الثاني فان قلنا لها ان تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم غيره من الانكحة الصحيحة وان قلنا ليس لها ان تتزوج فلا نفقة لها فان انفق عليها لم يرجع بشيء لانه تطوع به الا أن يجبره على ذلك حاكم فيحتمل ان يرجع بها لانه الزمه أداء مالم يكن واجباً عليه ويحتمل الا يرجع به لان ماحكم به الحاكم لا يجوز نقضه مالم يخالف كتابا أو سنة أو اجماعا فان فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها الا أن تكون حاملا فينبني وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله؟ فان قلنا هي للحمل فلها النفقة لان نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الانفاق على ولده ، وان قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لانه في غير نكاح صحيح فأشبه حمل الموطوءة بشبهة ، واذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لانها صارت فراشاً له وقد علمنا أن الولد ليس من الاول لانها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لان الولد منه وعليها أن ترضعه اللبا لان الولد لايقوم بدنه الا به فان ردت الى الاول فله منعها من

الاول لتسقط الفرض بيقين ولا ينتفي الولد عنهما لقول القافة لان عمل القافة ترجيح احد صاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحدا فنفته القافة عنه لم ينتف بقولها فاما ان ولدت لدون ستة اشهر من وطء الثاني ولا كثر من اربع سنين من فراق الاول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي عدتها منه لانا نعلم أنه من وطء آخر فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء ثم تتم عدة الاول وتستأنف عدة الثاني لانه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطء الذي حملت منه فيجب عليها عدتان واتمام العدة الاولى

(مسئلة) (وللثاني ان ينكحها بعد انقضاء العدتين وعنه انها تحرم عليه على التأبيد)

اما الزوج الاول فان كان طلق ثلاثا لم تحل له بهذا النكاح وان وطيء فيه لانه نكاح باطل وان طلق دون الثلاث فله نكاحها بعد العدتين وان كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه

وأما الزوج الثاني ففيه روايتان (احداهما) تحرم عليه على التأبيد وبه قال مالك والشافعي في القديم لقول عمر رضي الله عنه لاينكحها ابدا ولانه استعجل الحق في غير وقته فحرمه في وقته كالوارث اذا قتل موروثه ولانه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان (والثانية) تحل له قال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد قضاء عدة الاول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه لانه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولان العدة انما شرعت حفظا للنسب وصيانة للماء

ارضاعه كما له أن يمنعها من رضاع أجنبي لان ذلك يشغلها عن حقوقه الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من ارضاعه لان هذا حال ضرورة ، فان أرضعته في بيت الزوج الاول لم تسقط نفقتها لانها في قبضته ويده ، وان أرضعته في غير بيته بغير اذنه فلا نفقة لها لانها ناشز وان كان باذنه خرج على الروايتين فيما اذا سافرت لحاجتها باذنه

(فصل) في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها ، متى مات زوجها الاول أوماتت قبل تزوجها للثاني ورثته وورثها وكذلك ان تزوجت الثاني فلم يدخل بها لاننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت اليه بغير تخيير

وقد ذكرنا: أن القاضي ذكر: أن فيها رواية أخرى أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمه حكم مالو دخل بها الثاني ، فأما ان دخل الثاني بها نظرنا فان قدم الاول فاختارها وردت اليه ورثها وورثته ولم ترث الثاني ولم يرثها لانه لازوجية بينهما ، وان مات أحدهما قبل اختيارها اما في الغيبة أو بعد قدومه فان قلنا لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها لان من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر ، وان ماتت قبل اختيار الاول خير فان اختارها ورثها وان لم يخترها ورثها الثاني هذا ظاهر قول أصحابنا ، وأما على مااختاره فانها لاترث الثاني ولا يرثها بحال الا أن يجدد لها عقداً أو لايعلم أن الاول كان حياً ومتى علم أن الاول كان حياً ورثها وورثته الا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها

والنسب لاحق به ههنا فاشبه مالو خالعها ثم نكحها في عدتها، قال شيخنا وهذا قول حسن موافق للنظر

ولنا على اباحتها بعد العدتين أنه لايخلوا اما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل مالو نكحها بلا ولي ووطئها ولانه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأبيد فهذا اولى ولان آيات الاباحة عامة كقوله تعالى (واحل لكم ماوراء ذلكم - وقوله - والمحصنات من المؤمنات) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل وماروى عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه وروى عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم الى قول علي فان عليا قال اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر: ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قول علي وقياسهم يبطل بما اذا زنى بها فانه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأبيد ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه قول الله تعالى (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) ولانه وطء يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الاجنبي

(فصل) اذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطئها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر وان علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا يلحقه النسب وان علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب وانما كان كذلك لان هذا نكاح متفق على بطلانه فاشبه نكاح ذوات المحارم

وعلى قول أبي الخطاب ان حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً وباطناً ورثت الثاني وورثها ولم ترث الاول ولم يرثها فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة ، وان مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر

وقال ابن حامد لا عدة عليها لوفاته لكن تعتد من وطئه بثلاثة قروء فان ماتا معاً اعتدت لكل واحد منهما وبدأت بعدة الاول فاذا أكملتها اعتدت للآخر ، وان مات الاول أولا فكذلك ، وان مات الثاني أولا بدأت بعدته فاذا مات الاول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الاول فاذا أكملتها أتمت عدة الثاني ، وان علم موت أحدهما وجهل وقت موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الاول لانه أسبق وأولى ، وان كانت حاملا فبوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لان الولد منه ثم تبتديء بعده بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً

(فصل) واذا تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه مثل أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح لها التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل . وقال القاضي ان تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقها وانقضت عدتها

﴿ مسئلة ﴾ (وان وطىء رجلان امرأة فعليها عدتان لها لحديث عمر وعلي الذي ذكرناه فيما اذا تزوجت في عدتها ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين

(فصل) اذا خالع الرجل امرأته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول الجمهور وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال لايحل له نكاحها ولا خطبتها لانها معتدة

ولنا أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فاذا تزوجها انقطعت العدة لان المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة

(فصل) إذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة لانهما طلاقان لم يتخللها وطء ولا رجعة فأشبها الطلقتين في وقت واحد

(مسئلة) (وان راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة من الطلاق الثاني لانه طلاق من نكاح اتصل به المسيس)

(مسئلة) (وان طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف؟ على روايتين)

(أولاهما) أنها تستأنف لان الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها إلى النكاح الاول فصار الطلاق الثاني طلاقا من نكاح اتصل به المسيس

(والثانية) تبني لان الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها

في صحة نكاحها وجهان (أحدهما) هو صحيح لانها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك.

(والثاني) لا يصح لانها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه. وأصل هذا من باع عيناً في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتاً والعين مملوكة له بالارث هل يصح البيع؟ فيه وجهان كذا ههنا ومذهب الشافعي مثل هذا

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها أو المرتابة قبل زوال ريبتها

(فصل) ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه وبهذا قال قتادة. وقال الشافعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته لان الاصل البقاء فلا يزول عنه بالشك وانما صرنا الى اباحة التزويج لامرأته لاجماع الصحابة ولان بالمرأة حاجة الى النكاح وضرراً في الانتظار فاختص ذلك بها

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت البينة بموته، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه. وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال وربما تلف أو قلت قيمته فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج

لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة فان فسخ النكاح قبل الرجعة بخلع أوغيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لان موجبها في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لانهما جنسان بخلاف الطلاق وان لم يرتجعها بلفظه لكنه وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة؟ فيه روايتان

(احداهما) تحصل فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء

(والثانية) لاتحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لانه وطء في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لانهما من رجل واحد، وان حملت من هذا الوطء فهل تدخل فيها بقية الاولى؟ على وجهين

(احدهما) تدخل لانهما من رجل واحد (والثاني) لاتدخل لانهما من جنسين فعلى هذا اذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق، وان وطئها وهي حامل ففي تداخل العدتين وجهان، وان قلنا تتداخلان فانقضاؤهما معاً بوضع الحمل وان قلنا لا تتداخلان فانقضاء عدة الطلاق بوضع الحمل وتستأنف عدة الوطء بالقروء

﴿ مسئلة ﴾ (وان طلقها طلاقا بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها قبل دخوله بها فعلى روايتين)

(إحداهما) تستأنف، وهو قول أبي حنيفة لانه طلاق لا يخلوا من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول (والثانية) لايلزمها استئناف عدة، اختارها شيخنا، وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن لانه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه (ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم

(فصل) وان تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو ايلاء أو قذف صح تصرفه لان نكاحه باق ولهذا خير في أخذها وانما حكمنا باباحة تزويجها لان الظاهر موته فلا يبطل في الباطن كما لو شهدت بموته بينة كاذبة

(فصل) واذا فقدت الامة زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر . وقال القاضي تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الاوزاعي والليث لانها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الامة فيه على النصف من الحرة كالعدة

ولنا أن الاربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ومدة الحمل في الحرة والامة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري مارفعه؟ وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم. فأما العبد فان كانت زوجته حرة فتربصها تربص الحرة تحت الحر وان كانت أمة فهي كالامة تحت الحر لان العدة معتبرة بالنساء دون الرجال وكذلك مدة التربص. وحكي عن الزهري ومالك انه يضرب له نصف أجل الحر والاولى ماقلناه لانه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبه العدة

فصل فان غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيح لها أن تتزوج فان عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق وكذلك ان تظاهرت الاخبار بموته ، وقد روى الأثرم باسناده عن أبي المليح عن سهية ان زوجها صيفي بن

عليهن من عدة تعتدونها)،وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها اتمام بقية العدة الاولى لان اسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه لانه يتزوج امرأة ويطؤها ويخلعها ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد

(فصل) وان خلعها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه خلافاً ولا تنقضي عدتها قبل وضع حملها بغير خلاف نعلمه، وان وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضاً لانه نكحها بعد انقضاء عدة الاول، وان وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن قال لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة لان العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه وان كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقطعت العدة بالنكاح الثاني وان قلنا تستأنف العدة فعليها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وان قلنا تبني أتمت العدة الاولى بقرأين أو شهرين

(فصل) فان طلقها طلاقاً رجعياً فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبني على عدة الاول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الاول رجعتها في بقية عدتها منه ، لان الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح،وقبل

فشيل نعى لها من قيذائيل فتزوجت بعده ثم ان زوجها الاول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا فقال كيف أقضي بينكم وأنا على هذا الحال ؟ فقلنا قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فرجعنا . فلما قتل عثمان أتينا عليا فخير الزوج الاول بين الصداق وبين المرأة فاختار الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي الآخر ألفين، فان حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليهما لانهما سبب في ايجابها .وان شهدوا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجد من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لانهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لانه أتلف ماله بغير اذنه

(فصل) واذا نكح رجل امرأة نكاحا متفقا على بطلانه مثل ان ينكح ذات محرمه أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقده، والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة ، وان وطئها اعتدت لوطئه بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كما لو زنى بها من غير عقد . وان نكحها نكاحا مختلفاً فيه فهو فاسد فان مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهذا اختيار أبي بكر

وقال أبوعبدالله بن حامد ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لانه نكاح لا يثبت الحل فأشبه الباطل،فعلى هذا ان كان قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعده اعتدت بثلاثة قروء

ليس له رجعتها لانها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمرتدة . والصحيح الاول فان التحريم لا يمنع الرجعة كالاحرام، ويفارق الردة لانها جارية إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة ، وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لانها ليست منه وإذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالاشهر انقطعت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه، وإن كانت معتدة بالحمل لم يكن شروعها في عدة الثاني قبل وضع الحمل لانها بالقروء فاذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني وتنقدم عدة الثاني عن الاول فاذا أكملتها شرعت في إتمام عدة الاول ، وله حينئذ أن يرتجعها لانها في عدته ، وإن أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان :

(أحدهما) ليس له ذلك لانها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الاجنبية أو المرتدة .

(والثاني) له رجعتها لان عدتها منه لم تنقض وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويجب الاحداد على المعتدة من الوفاة وهل يجب على البائن ؟ على روايتين ، ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا أو في نكاح فاسد أو بملك اليمين)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فانه قال لا يجب الاحداد وهو قول شذ به عن أهل العلم وخالف فيه السنة فلا يعرج عليه.

ووجه الاول أنه نكاح يلحق به النسب فوجبت به عدة الوفاة كالنكاح الصحيح ، وفارق الباطل فانه لا يلحق به النسب، وان فارقها في الحياة بعد الاصابة اعتدت بعد فرقته بثلاثة قروء ولا اختلاف فيه وان كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بلا خلاف لان المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها بلا خلاف ففي الفاسد أولى ، وان كان بعد الخلوة قبل الاصابة فالمنصوص عن احمد ان عليها العدة لانه يجرى مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة، وقال الشافعي لا عدة عليها الوجهين (احدهما) أنها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل (والثاني) ان الخلوة عنده في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى وهذا مقتضى قول ابن حامد

(فصل) في عدة المعتق بعضها ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحرة لان عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية وعدة الامة بالقروء قرءان فأدنى مايكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا لانه لا يتبعض، وان كانت معتدة بالشهور اما للوفاة واما للاياس أو الصغر فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة فاذا كان نصفها حراً فاعتدت للوفاة فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال لان الليل يحسب مع النهار فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك وان كانت معتدة بالشهور عن الطلاق وقلنا ان عدة الامة شهر ونصف كان عدة المعتق نصفه شهرين وربعا وان قلنا عدة الامة شهران أو ثلاثة أشهر فعدة المعتق بعضها كعدة الحرة سواء ،وأم الولد والمدبرة والمكاتبة عدتهن كعدة الامة سواء لانهن اماء

﴿ مسئلة ﴾ (ويستوي في وجوبه الحرة والامة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأي لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لانها غير مكلفين)

ولنا عموم الاحاديث التي نذكرها إن شاء الله ولان غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنما يفترقان في الاثم فكذلك الاحداد ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها .

﴿ مسئلة ﴾ (وهل يجب على البائن ؟ على روايتين)

(احداها) يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي .
(والثانية) لا يجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قال الشافعي لان النبي ﷺ قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد إنما يجب في عدة الوفاة ، ولانها معتدة من غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ، ولان الاحداد في عدة الوفاة لاظهار الاسف على فراق زوجها وموته فاما الطلاق فانه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلا معنى لتكلفها الحزن عليه ولان المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فان زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره ، ووجه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وأم الولد اذا مات سيدها فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة)

هذا المشهور عن احمد وهو قول ابن عمر وروي ذلك عن عثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومكحول ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور، وروي عن احمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عياض وابن سيرين وسعيد ابن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن عبدالعزيز والزهري ويزيد بن عبد الملك والاوزاعي واسحاق لما روي عن عمرو بن العاص انه قال لا تفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها اربعة أشهر وعشر رواه أبو داود ولانها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا كالزوجة الحرة ،وحكى أبوالخطاب رواية ثالثة تعتد شهرين وخمسة أيام ولم اجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن احمد وروي ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة ولانها حين الموت امة فكانت عدتها عدة الامة كما لو مات رجل عن زوجته الامة فعتقت بعد موته ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأصحاب الرأي ان عدتها ثلاث حيض لانها حرة تستبرىء فكان استبراؤها بثلاث حيض كالحرة المطلقة

ولنا أنه استبراء لزوال الملك عن الراقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء

الرواية الاولى أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لان العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه بخلاف الرجعية فانها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة . فأما الحديث فانما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ، ولهذا جاز الاحداد ههنا بالاجماع، فاذا قلنا يلزمها الاحداد فحكمها حكم المتوفى عنها زوجها من توقي الطيب والزينة في نفسها على ما نذكره إن شاء الله .

وذكر شيخنا في كتاب الكافي أن المختلعة كالبائن فيما ذكرنا من الخلاف والصحيح أنه لا يجب عليها لانها تحل لزوجها الذي خالعها أن يتزوجها في عدتها بخلاف البائن بالثلاث

﴿ مسئلة ﴾ (ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه)

لانها في حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحة نكاحا فاسداً لانها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له وتحزن على فقده وكذلك الموطوءة بشبهة والمزني بها، ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات سيدها والامة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها لقول النبي ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً »

﴿ مسئلة ﴾ (والاحداد اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والملون من الثياب للتحسين)

المعتقات والمملوكات، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة فاشبه ما ذكرنا قال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا) ماهن بأزواج فأما حديث عمرو بن العاص فضعيف. قال ابن المنذر ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص

وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال لا يصح ، وقال الميموني رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال أين سنة النبي ﷺ في هذا وقال أربعة أشهر وعشر انما هي عدة الحرة من النكاح وانما هذه أمة خرجت من الرق الى الحرية ويلزم من قال بهذا أن يورثها وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه وانما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة . وأما قياسهم اياها على الزوجات فلا يصح فان هذه ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة

(فصل) ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد ولا بعض حيضة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك ، وقال الشافعي في أحد قوليه يكفي طهر واحد اذا كان كاملا وهو ان يموت في حيضها فاذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على ان القروء الاطهار وهذا يرده قول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة »

وجملة ذلك أن الحادة يجب عليها اجتناب مايدعو إلى جماعها ويرغب في النظر اليها ويحسنها وذلك أربعة أمور (أحدها) الطيب ولا خلاف في تحريمه عند من أوجب الاحداد لقول النبي ﷺ « ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها نبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه وروت زينب بنت أم سلمة قالت دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها وقالت والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة اشهر وعشرا » متفق عليه ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة، ولا يحل لها استعمال الأدهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما اشبهه لانه استعمال للطيب، فاما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لانه ليس بطيب (الثاني) اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام (أحدها) الزينة في نفسها فيحرم عليها ان تختضب وان تحمر وجهها بالكلكون وان تبيضه باسفيداج العرائس وان تجعل عليه صبراً يصفره وان تنقش وجهها وبدنها وان تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وان تكتحل بالاثمد من غير ضرورة لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب

وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه الأثرم وهذا صريح فلا يعول على ماخالفه . ولان الواجب استبراء والذي يدل على البراءة هو الحيض فان الحامل لاتحيض فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول في الاستبراء على مالا دلالة عليه دون مايدل عليه وبناؤهم قولهم هذا على قولهم ان القروء الاطهار بناء للخلاف على الخلاف ، ليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد ام الولد قرءاً وخالفوا الحديث والمعنى، فان قالوا ان بعض الحيضة اقترن بالطهر يدل على البراءة قلنا فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد فاذا تقرر هذا فان مات عنها وهي طاهر فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت وان كانت حائضاً لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لان استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت مؤيسة فبثلاثة أشهر)

وهذا المشهور عن احمد أيضاً وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة وأحد قولي الشافعي . وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا لاتستبرأ الحبلى في أقل من ثلاثة

ولا تكتحل » رواه النسائي وأبو داود وروت ام عطية أن رسول الله ﷺ قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه وعن ام سلمة قالت جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان ابنتي توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها ؟ فقال رسول الله ﷺ « لا » مرتين او ثلاثاً متفق عليه وروت ام سلمة قالت دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على عيني صبراً فقال « ماذا ياام سلمة » قلت انما هو صبر ليس فيه طيب قال « انه يشب الوجه لاتجعلنه إلا بالليل وتنزعينه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب » قالت قلت باي شيء امتشط؟ قال « بالسدر وتغلفين به رأسك » ولان الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو اليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه، وحكي عن بعض الشافعية ان للسوداء ان تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فانه يزينها ويحسنها .فان اضطرت الحادة إلى الكحل بالاثمد للتداوي به فلها ان تكتحل ليلا وتمسحه نهاراً، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت ام حكيم بنت اسد عن أمها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بالجلاء فارسلت مولاة لها إلى ام سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لاتكتحل إلا ما لا بد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار . رواه أبو داود والنسائي وانما تمنع

أشهر فأعجبه قولهم وعن احمد رواية أخرى انها تستبرأ بشهر وهو قول ثان للشافعي لان الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء

وذكر القاضي رواية ثالثة انها تستبرأ بشهرين كعدة الامة المطلقة ولم أر لذلك وجهاً ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرءين ولم نعلم به قائلا . وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الامة التي لاتحيض تستبرأ بشهر ونصف . ورواه حنبل عن احمد فانه قال : قال عطاء ان كانت لاتحيض فخمس وأربعون ليلة . قال عمي كذلك اذهب لان عدة الامة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن احمد الاول

قال احمد بن القاسم قلت لابي عبد الله كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة وانما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً؟ فقال انما قلنا بثلاثة أشهر من أجل الحمل فانه لايتبين في أقل من ذلك فان عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروه أن الحمل لايتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك ثم قال ألا تسمع قول ابن مسعود ان النطفة أربعين يوما ثم علقة أربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك

قال ابو عبد الله فاذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء فاما شهر فلامعنى فيه ولا نعلم به قائلا ، ووجه استبرائه بشهر أن الله تعالى جعل

من الكحل بالاثمد لانه الذي يحصل به الزينة، فاما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لانه لازينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرها ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لانه انما منع منه في الوجه لانه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ « انه يشب الوجه » ولا تمنع من التنظيف بتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث ام سلمة ولانه يراد للتنظيف لا للطيب (القسم الثاني) زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الاحمر وسائر الملون للتحسين كالازرق الصافي والاخضر الصافي والاصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي ﷺ «لا تلبس ثوباً مصبوغاً» وقوله لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق فاما مالا يقصد بصبغه حسنه كالكحلي والاسود والاخضر المشبع فلا يمنع منه لانه ليس بزينة، وماصبغ غزله ثم نسج ففيه احتمالان (أحدهما) يحرم لبسه لانه أحسن وأرفع ولانه مصبوغ للحسن فاشبه ماصبغ بعد نسجه (والثاني) لايحرم لقول رسول الله ﷺ في حديث ام سلمة «الاثوب عصب» قال القاضي هو ماصبغ غزله قبل نسجه ولانه لم يصبغ وهو ثوب فاشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ والاول أصح، واما العصب فالصحيح انه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الانف: الورس والعصب نبتان باليمن لاينبتان إلا به فارخص النبي ﷺ للحادة في لبس ماصبغ بالعصب لانه في معنى ماصبغ لغير التحسين اما ماصبغ غزله للتحسين كالاحمر والاصفر فلامعنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه

الشهر مكان الحيضة ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء، وعدة الامة شهرين مكان قرأين وللامة المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر كما في حق من ارتفع حيضها، فان قيل فقد وجدتم مادل على البراءة وهو تربص تسعة أشهر قلنا وههنا مايدل على البراءة وهو الاياس فاستويا

(مسئلة) قال (وان ارتفع حيضها لاتدري مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة)

وفي هذه المسئلة أيضا روايتان (احداهما) أنها تستبرأ بعشرة أشهر (والثانية) بسنة تسعة أشهر للحمل لانها غالب مدته وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات، وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر وههنا جعل مكان الحيضة شهراً لان اعتبار تكرارها في الآيسة لتعلم براءتها من الحمل وقد علم براءتها منه ههنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس

(فصل) وان علمت مارفع الحيض لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبريء نفسها بحيضة

(القسم الثالث) الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ «ولا الحلي» وقال عطاء يباح حلي الفضة دون الذهب ولايصح لعموم النهي ولان الحلي يزيدها حسناً ويدعو إلى مباشرتها قال الشاعر

وما الحلي إلا زينة لنقيصة تتم من حسن إذا الحسن قصرا

(مسئلة) (ولايحرم عليها الأبيض من الثياب وان كان حسنا)

سواء كان من قطن أو كتان أو صوف أو ابريسم لان حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما ان المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لايلزمها ان تغير لونها وتشوه نفسها ولا الملون لدفع الوسخ كالكحلي والاسود والاخضر المشبع لانه لايراد للزينة اشبه الابيض، قال الخرقي وتجتنب النقاب وماني في معناه مثل البرقع ونحوه لان المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك فان احتاجت إلى ستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة، ويحتمل ان لاتمنع من ذلك لانه ليس بمنصوص عليه ولاهو في معنى المنصوص وانما منعت منه المحرمة لانها ممنوعة من تغطية وجهها بخلاف الحادة ولان المحرمة يحرم عليها لبس القفازين بخلاف الحادة، ويجوز لها لبس الثياب المزعفرة وغيرها من الثياب المصبوغة والحلي، والحادة يحرم عليها ذلك فلا يصح القياس ولان المبتوتة لايحرم عليها النقاب فان وجب عليها الاحداد فكذلك المتوفى عنها زوجها

(فصل) وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه روي ذلك عن عمر وعثمان وابن عمر

الا أن تصير آيسة فتستبريء نفسها استبراء الآيسات، وان ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستريبة ، وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب والله تعالى أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانت حاملا فحتى تضع)

وهذه بحمد الله لاخلاف فيها فان الله تعالى قال (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقال النبي ﷺ « لاتوطأ حامل حتى تضع » ولان عدة الحرة والامة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة اذا كانت حاملا بوضع حملها وذلك لان المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ماذكرناه في المعتدة

(فصل) واذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لانها محرمة على المولى وليست له فراشا وانما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ، ولانه لم يزوجها حتى استبرأها فانه لايحل له تزويجها قبل استبرائها، فان طلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضا وان طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فعليها عدة حرة كاملة لانها قدصارت حرة في حال وجوب العدة عليها ، وان مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما

وابن مسعود وام سلمة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة والشافعي واسحاق قال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر، وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت روي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله تعالى (فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت رواهما أبو داود

ولنا ما روت فريعة بنت مالك بن سنان اخت أبي سعيد انها جاءت إلى رسول الله ﷺ فاخبرته ان زوجها خرج في طلب أعبد له ابقوا فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع إلى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله ﷺ « نعم » قالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني أو امر بي فدعيت له فقال رسول الله ﷺ « كيف قلت؟ » فرددت عليه القصة فقال « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » فاعتددت فيه أربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك في موطئه والاثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه . إذا ثبت هذا فانه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان لزوجها أو باجارة أو عارية لان النبي

ذكرناه ولانه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد اذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة ان كان طلاقها بائنا أو كانت متوفى عنها ، وان كانت رجعية بنت على عدة حرة على مامضى ، وان بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فقضت عدته ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لانها عادت الى فراشه ، وقال ابو بكر لايلزمها استبراء الا أن يردها السيد الى نفسه لان فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها مايردها اليه فأشبهت الامة غير الموطوءة

(فصل) فان مات زوجها وسيدها ولم تعلم أيهما مات أولا فعلى قول أبي بكر ليس عليها استبراء لان فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد اليه وعليها أن تعتد لوفاة زوجها عدة الحرائر ولانه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمها عدة الحرة لتخرج من العدة بيقين ، وعلى القول الآخر ان كان بين موتهما شهران وخمسة أيام فما دون فليس عليها استبراء لان السيد ان كان مات أولا فقد مات وهي زوجته ، وان كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة الحرة لما ذكرناه وان كان بين موتهما أكثر من ذلك فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لانه يحتمل ان يكون السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ويحتمل انه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها الى فراشه فلزمها الاستبراء بحيضة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين قال ابن عبد البر وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة الامة من سيدها بحيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال فان جهل مابين موتهما فالحكم فيه كما لو علمنا ان بينهما شهرين وخمس ليال احتياطا لاسقاط الفرض بيقين كما أخذنا بالاحتياط في الايجاب بين عدة حرة وحيضة فيما اذا علمنا أن بينهما

صلى الله عليه وسلم قال لفريعة « امكثي في بيتك » ولم تكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض الفاظه « اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك » وفي لفظ « اعتدي حيث أتاك الخبر » فان أتاها الخبر في غير مسكنها رجعت الى مسكنها أو اعتدت فيه وقال سعيد بن المسيب والنخعي لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها اتباعا للفظ الخبر الذي رويناه

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «امكثي في بيتك » واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فان قضايا الاعيان لاعموم لها ثم لا يمكن حمله على العموم فانه لايلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها

(مسئلة) (إلا ان تدعو ضرورة إلى خروجها منه بان يحولها مالكه أو تخشى على نفسها)

وجملة ذلك أنها إذا خافت هدماً أو غرقاً أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية

شهرين وخمس ليال وقول أصحاب الشافعي في هذا القول مثل قولنا وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد

وقال ابن المنذر حكمها حكم الاماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة ان الزوج مات بعد المولى ، وقيل ان هذا قول ابي بكر عبد العزيز أيضاً والذي ذكرناه أحوط . فأما الميراث فانها لاترث من زوجها شيئاً لان الاصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك والفرق بين الارث والعدة أن ايجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها وايجاب الارث اسقاط لحق غيرها ولان الاصل تحريم النكاح عليها فلا يزول الا بيقين والاصل عدم الميراث لها فلا ترث الا بيقين فان قيل أفليس المفقود اذا ماتت زوجته وقف ميراثه منها مع الشك في ارثه قلنا الفرق بينهما أن الاصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الاصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثا فافترقا

(مسئلة) قال (وإن أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة وكذلك ان أراد أن يزوجها وهي في ملكه استبرأها بحيضة ثم زوجها)

لا يختلف المذهب في أن الاستبراء ههنا بحيضة في ذات القروء وهو قول الشافعي وهو قول الزهري والثوري فيمن اراد تزويج أمة كان يصيبها ، وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتي لايصيبها ، وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة

ولنا انها فراش لسيدها فلم يجز أن تنتقل الى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولان هذه موطوءة وطئاً له حرمة فلم يجز ان تتزوج قبل الاستبراء كالموطوءة بشبهة وهذا لأنه اذا وطئها

وجع فيها أو باجارة انقضت مدتها أومنعها السكنى تعدياً أو امتنع من اجارته أوطلب به أكثر من أجر المثل أو لم تجد ماتكتري به أولم تجد إلا من مالها فانها ان تنتقل لانها حال عذر ولا يلزمها بذل أجرة المسكن وانما الواجب عليها السكنى لا تحصيل المسكن وإذا تعذرت السكنى سقطت وتسكن حيث شاءت ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى اقرب ما يمكنها النقلة اليه وهو مذهب الشافعي لانه قرب إلى موضع الوجوب أشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لايجد فيه أهل السهمان فانه ينقلها إلى موضع يجدهم فيه

ولنا أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلايجب كالو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف اذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ولان ما ذكروه اثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فان معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فان القصد نفع الاقرب وفي نقلها الى أقرب موضع يجده نفع الاقرب

سيدها اليوم ثم زوجها فوطئها الزوج في آخر اليوم أفضى الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب وهذا لايحل ويخالف البيع فإنها لاتصير به فراشاً ولايحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها فلا يفضي الى اختلاط المياه ولهذا يصح في المعتدة والمزوجة بخلاف التزويج

(فصل) فإن لم تكن من ذوات القروء فاستبراؤها بما ذكرنا في ام الولد على ماشرحنا ومفهوم كلام الخرقي انها اذا كانت أمة لا يطؤها سيدها: لم يلزمها استبراء لانها ليست فراشاً لسيدها فلم يلزمها الاستبراء كالمزوجة والمعتدة ولان تركها للاستبراء لايفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب بخلاف الموطوءة

(فصل) وان مات عن أمة كان يصيبها فاستبراؤها بما ذكرنا في أم الولد لانها فراش لسيدها فأشبهت ام الولد الا أنها اذا كانت من ذوات القروء فاستبراؤها بحيضة واحدة رواية واحدة لانها لاتصير حرة

(فصل) وان أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له اصابتها فله أن يتزوجها في الحال من غير استبراء لان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها

وقال النبي ﷺ « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين : رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها، ثم أعتقها وتزوجها» ولم يذكر الاستبراء ولان الاستبراء لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعته في عدتها

وقد روي عن احمد في الامة التي لايطؤها: اذا أعتقها لايتزوجها بغير استبراء لانه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء . والصحيح انه يحل له ذلك لانه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتي كان يصيبها ولان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل انه كان أصابها .

(فصل) ولا سكنى للمتوفى عنها اذا كانت حائلا رواية واحدة وان كانت حاملا فعلى روايتين ، وللشافعي فيها قولان (أحدهما) لها السكنى لقوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج) فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب ولان النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن الا باذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف في مال زوجها بغير اذنهم

ولنا أن الله تعالى انما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة فوجب أن لاتستحق منه أكثر من ذلك ، وأما اذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلانها حامل من زوجها فوجبت لها السكنى قياسا على المطلقة فأما الآية التي احتجوا بها فانها منسوخة ، وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى فقضية في عين يحتمل أن رسول ﷺ علم أن الوارث يأذن في ذلك أو تكون السكنى واجبة عليها ويتقيد ذلك بالامكان واذن الوارث من جملة ما يحصل به الامكان فاذا قلنا لها

والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم . ولانها تحل لمن تزوجها سواه فله أولى . ولانه لو استبرأها ثم أعتقها وتزوجها في الحال كان جائزاً حسناً فكذلك هذه فانه تارك لوطئها ولان وجوب الاستبراء في حق غيره انما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام احمد محول على من اشتراها ثم تزوجها قبل أن يستبرئها

(فصل) وان اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك . ويحكى ان الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه الى جماعها قبل استبرائها فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها . قال أبو عبد الله وبلغني ان المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها . قال أبو عبد الله سبحان الله ما أعظم هذا؟ أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها الا تعتد من اجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الامة بحيضة من اجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان فيتزوجها فيطؤها يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فان كانت حاملا كيف يصنع؟ هذا نقض الكتاب والسنة . قال النبي ﷺ « لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض » وهذا لايدري أهي حامل أم لا؟ ما أسمج هذا؟ قيل له: ان قوما يقولون هذا فقال قبح الله هذا وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الاحاديث كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل

اذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها اذا لم يعتقها لانها ممن يجب استبراؤها فلم يجز أن يتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها او من رجل قد استبرأها ولم يطأها أو ممن لايمكنه الوطء كالصبي والمرأة والمجبوب. وقال الشافعي اذا اشتراها ممن لايطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها اذا اعتقها لانها ليست فراشاً وقد كان لسيدها تزويجها قبل

السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعا يمنعها السكنى حتى تقضي العدة وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء وان تعذر ذلك المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكنا من مال الميت فان لم يفعل أجبره الحاكم وليس لها أن تنتقل الا لعذر كما ذكرنا ، وان اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لان السكنى ههنا يتعلق بها حق الله سبحانه وتعالى فلم يجز اتفاقهما على ابطالها بخلاف سكنى النكاح فانه حق لهما ولان السكنى ههنا من الاحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد وليس لهم اخراجها الا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وهو أن يطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الاكثرين وقال ابن مسعود والحسن هي الزنا لقول الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) واخراجهن هو لاقامة حد الزنا ثم ترد الى مكانها

بيعها لجاز ذلك بعد بيعها . ولانها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك اذا أعتقها المشتري

ولنا عموم قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولانها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها . فأما ان أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره لانها حرة لم تكن فراشاً فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع وفارق الموطوءة فانها فراش يجب عليها استبراء نفسها اذا عتقت فحرم عليها النكاح كالمعتدة . وفارق ما اذا أراد سيدها نكاحها فانه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ولان هذا يتخذ حيلة على ابطال الاستبراء فمنع منه بخلاف تزويجها لغيره

(فصل) واذا كانت امة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لانها خرجت عن كونها فراشا باستبرائه لها وان باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج الى استبراء لذلك وان باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها وان مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها اتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لانها لم تصر فراشاً للمشتري ولم يلزمها استبراء باعتاقه

(فصل) واذا كانت الامة بين شريكين فوطئاها لزمها استبراءان . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لان القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد

ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولانهما استبراءان من رجلين فاشبها العدتين وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين

ولنا أن الآية تقتضي الاخراج من المسكن وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الاقوال الفاحشة يقال أفحش الرجل في قوله ولهذا روي عن النبي ﷺ أنه قالت له عائشة يا رسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة - ثم النت له القول لما دخل قال - يا عائشة ان الله لا يحب الفحش ولا التفحش » اذا ثبت هذا فان الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها الى غيرها في الدار أو لم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها وقال بعض أصحابنا ينتقلون هم عنها لان سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ولان الفاحشة منها فكان الاخراج لها ، وان كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوهم دونها فانها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولان الذنب لهم فيخصون بالاخراج ، وان كان المسكن لغير الميت فيتبرع صاحبه باسكانها فيه لزمها الاعتداد به ، وان أبى أن يسكنها الا بالاجرة وجب بذلها من مال الميت الا أن يتبرع انسان

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن ملك امة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة ان كانت ممن تحيض او بوضع الحمل ان كانت حاملا او بمضي ثلاثة اشهر ان كانت من الآيسات او من اللائي لم يحضن)

وجملته ان من ملك أمة بسبب من اسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرا كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي واصحاب الرأي وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لان الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة الى الاستبراء وقال الليث ان كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك ، وقال عثمان البتي يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لانه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا

ولنا ماروى أبو سعيد أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض رواه احمد في المسند وعن رويفع بن ثابت قال اني لا أقول الا ماسمعته من رسول الله ﷺ سمعته يقول «لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه أبو داود وفي لفظ قال سمعت رسول الله ﷺ يوم خيبر يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه الاثرم ولانه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولانه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل

يبدلها ويلزمها الاعتداد به فان حولها مالك المسكان أو طلب أكثر من أجر المثل فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لانه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكناها به حق لها وليس بواجب عليها فان المسكن الذي كان تجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهم أو لغيرهم ، وان كانت تسكن في دارها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز وعلى الورثة بذل الاجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لانه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها

(فصل) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة باسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وان منعت السكنى أو طلبوا منها الاجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الاجارة وسواء قدرت على الاجرة أو عجزت لانه انما تلزمها السكنى

كالعدة قال أبو عبدالله قد بلغني ان العذراء تحمل فقال له بعض اهل المجلس نعم قد كان في جيراننا ؛ وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي وماذكروه يبطل بما اذا اشتراها من امرأة او صبي أوممن تحرم عليه برضاع أوغيره وماذكره البتي لايصح لان الملك قد يكون بالسبي والارث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب والفرق بين البيع والتزويج أن النكاح لايراد الا للاستمتاع فلا يجوز الا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لايصح تزويج معتدة ولامرتدة ولامجوسية ولاوثنية ولامحرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغيرذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه فاما الصغيرة التي لايوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها وهو ظاهر كلام احمد وفي أكثر الروايات عنه قال تستبرأ وان كانت في المهد ؛ وروي عنه أنه قال ان كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ اذا كانت رضيعة ؟ وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة اذا كانت ممن تحيض والابثلاثة أشهر ان كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لايجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها

وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لان سبب الاباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فانه لانص فيه ولا معنى نص لان تحريم مباشرة الكبيرة انما كان لكونه داعيا الى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم هذا في هذه فوجب العمل بمقتضى الاباحة فأما من يمكن وطؤها فلاتحل قبلتها ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء الا المسبية على احدى الروايتين وقال الحسن لايحرم من المشتراة الا فرجها وله أن يستمتع منها بما شاء مالم يمس لان النبي ﷺ انما نهى عن الوطء ولانه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض

لا تحصيل المسكن ، وان كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكنا آخر لم تلزمها السكنى به ولذلك ان أخرجت من المسكن الذي هي به أو خرجت لاي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواء سواء بذله الورثة أو غيرهم لانها انما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره ، وكذلك اذا قلنا لها السكنى فتعذرسكناها في مسكنها وبذل لها سواه وان طلبت مسكنا بأجرة أو بغيرها لزم الورثة تحصيله ان خلف الميت تركة تفي بذلك وتقدم على الميراث لانه حق على الميت فأشبه الدين، فان كان على الميت دين يستغرق تركته ضربت بأجرة المسكن لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يخصها موضعا تسكنه ، وكذلك الحكم في المطلقة اذ احجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فانها تضرب بأجرة المسكن كمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملا فان قيل فهل لا قدمتم حق الغرماء لانه أسبق؟ قلنا لان حقها ثبت عليه بغير اختياره فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لانسان أو جنى عليه ، وإن مات وهي في مسكنه لم يجز اخراجها منه لان حقها تعلق

ولنا أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولانه لايأمن من كونها حاملا من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطل فيكون مستمتعاً بام ولد غيره وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض فأما المسبية فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمد لان كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ولانه داعية الى الوطء المحرم لاجل اختلاط المياه واشتباه الانساب فأشبهت المبيعة ، وروي عن أحمد أنه لايحرم لما روي عن ابن عمر أنه قال وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسي ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولانه لانص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لانها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وانما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره ، وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لايكون الا بعد ملك المشتري لجميعها ولو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء الا من حين ملك باقيها ، وان ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فان قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع ، وان قلنا لاينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار ، وان كان المبيع معيباً فابتداء الخيار من حين البيع لان العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف ، وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض أو من حين القبض؟ فيه وجهان (أحدهما) من حين البيع لان الملك ينتقل به (والثاني) من حين القبض لان القصد معرفة براءتها من ماء البائع ، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده ، وان اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت الى السيد حلت له بغير استبراء لان ملكه ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه ، وان اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت الى سيده فعليه استبراؤها لان ملكه تجدد عليها اذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه الا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب .

بين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لانها انما تستحق السكنى اذا كانت حاملا ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة ، وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضربها في السكنى لم يكن لهم ذلك ، وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لاضرر عليها فيه

(فصل) إذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فانها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ان كانت حاملا وإن كانت مطلقة من ذوات القرء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها في القرء فان لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهي تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهرا وبما بقي من ذلك إن كان قد مضى من مدة حملها شيء لانه لا يمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فاذا ضربت بذلك فوافق الصواب لم يزد ولم ينقص استقر الحكم ويستأجر بما يحصل لها مكانا تسكنه فاذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت ، وإن كانت المدة أقل مما ضربت مثل ان وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت

فقال أصحابنا تباح للسيد بغير استبراء لانه يصير حكمها حكم المكاتب ان رق رقت وان عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم ، وقال سعيد بن المسيب وعطاء بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناه وللمعنى فان المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه

(فصل) ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقي من استبرائها لما مضى ، وان استبرأها ثم اسلمت حلت له بغير استبرائها ، وقال الشافعي لاتحل له حتى تجدد استبراءها بعد اسلامها لان ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها

ولنا قوله عليه السلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد في سبايا اوطاس وكن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولانه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة ولان الاستبراء انما وجب كيلا يفضي الى اختلاط المياه وامتزاج الانساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد ، ولو باع أمته ثم ردت عليه بفسخ أو اقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبراؤها لانه تجديد ملك سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها ، فان كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان (احداهما) عليه الاستبراء وهو مذهب الشافعي لانه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء وهو قول أبي حنيفة اذا تقايلا قبل القبض لانه لا فائدة في الاستبراء مع تعين البراءة

(فصل) واذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها ولكن ان طلقت بعد الدخول

ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه ، وإن طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها في صورة النقص ، ويحتمل أن لا ترجع به وتكون في ذمة زوجها لانا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم يكن لها الزيادة عليه

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تخرج ليلا وتخرج نهاراً لحوائجها سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها)

لما روى جابر قال طلقت خالتي ثلاثا فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيرا » رواه النسائي وأبو داود ، وروى مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا فاذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا ؟ فقال رسول الله ﷺ « تحدثن عند احداكن

أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتبة حلت لسيدها بغير استبراء وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي يجب عليه الاستبراء في هذا كله لانه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراة

ولنا انه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة اذا حلت والمرهونة اذا فكت فانه لا خلاف في حلهما بغير استبراء ولان الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى

(فصل) وان اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد وقال هذه حيلة وضعها أهل الرأي لابد من استبراء

ووجه ذلك ان هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لولم تكن مزوجة ولان اسقاط الاستبراء ههنا ذريعة الى اسقاطه في حق من أراد اسقاطه بأن يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام . فاما ان كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لان ذلك قد حصل بالعدة ولانها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولانها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشاً له فأجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها اذا كانت خالية من زوج .وان اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لانها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء . وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين

وقال القاضي في المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لانهما من رجلين ومفهوم كلام أحمد ماذكرناه أولا لانه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا .ولا يصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فان السيد ههنا ليس له استبراء

(فصل) وان كانت الامة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل أجزأه استبراء واحد لانه يحصل به

حتى إذا أردتن فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلا الا لضرورة ولأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه ، وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه وترجع إلى منزلها إذا فرغت

(فصل) والامة كالحرة في الاحداد والاعتداد في منزلها إلا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد امساكها نهاراً ويرسلها ليلا فان أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة اسكانها كالحرة سواء .

(فصل) والبدوية كالحضرية في الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فان انتقلت الحلة انتقلت معهم لانها لا يمكنها المقام وحدها، وان انتقل غير أهلها لزمها المقام مع أهلها ، وان انتقل

معرفة البراءة . فان قيل فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئهما وفي مسئلتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء

(فصل) واذا اشترى الرجل زوجته الامة لم يلزمه استبراؤها لانها فراش له فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لانه عتق بملكه له ولا تصير به الامة ام ولد ، أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الامة ام ولد ، ومتى تبين حملها فله وطؤها لانه قد علم الحمل وزال الاشتباه

(فصل) وان وطيء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحاله لانه حق عليه فلا يسقط بعدوانه . فان لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبني على ما مضى من الاستبراء وان علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها لانه لم يستبرئها وان وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ولا يتبعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد

وقد روى ابو داود باسناده عن ابي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح[1] على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها » فقالوا نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لقد هممت ان ألعنه لعناً يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له او كيف يستخدمه وهو لا يحل له » ومعناه انه ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده وان اتخذه مملوكا لم يحل

(١) هي المرأة الحبلى قد قاربت الولادة

أهلها انتقلت معهم الا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتتخير بين الاقامة والرحيل، وان هرب أهلها فخافت هربت معهم فان أمنت أقامت اقضاء العدة في منزلها

(فصل) فان مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ما نذكره ، وإن لم يكن لها مسكن سواها وكان لها فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به ، وإن كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الاقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال عنها إلى غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (وان أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها ، وان مات بعده فلها الخيار بين البلدين)

إذا أذن المرأة زوجها في النقلة من بلد إلى بلد أو من دار إلى دار أخرى فمات قبل انتقالها من الدار وقبل خروجها من البلد لزمها الاعتداد في الدار وكذلك ان مات قبل خروجها من الدار لانها بيتها وسواء مات قبل نقل

له لأنه قد شرك فيه لكون الوطء يزيد في الولد ، وعن ابن عباس قال . نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن مافي بطونهن . رواه النسائي والترمذي

(فصل) ومن أراد بيع أمته فان كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع. قال احمد وان كانت لامرأة فاني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها، وان كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لان انتفاء الحمل معلوم ، وان كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها ، به قال النخعي والثوري . وعن احمد رواية أخرى لا يجب عليه استبراؤها وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، ولان الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع فان الاستبراء في حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الامة قبل البيع وبعده

ولنا ان عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروى عبدالله ابن عبيد بن عمير قال باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل ان يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه الى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال فبعتها قبل ان تستبرئها ؟ قال نعم ، قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا اليه فألحقوه به ولانه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال ان تكون ام ولد فيجب الاستبراء لازالة الاحتمال فان خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر لان الاصل عدم الحمل ولان عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الامة التي باعها قبل استبرائها الا بلحاق الولد به ، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج الى ذلك ، وذكر أصحابنا الروايتين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها، والاولى ان ذلك لا يجب في الآيسة

متاعها من الدار أو بعده لانها مسكنها مالم تنتقل عنها وان مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها لانها مسكنها وكذلك ان مات بعد وصولها إلى البلد الآخر على قياس ذلك، وان مات وهي بينهما فهي مخيرة لانها لا مسكن لها منهما فان الأولى خرجت عنها منتقلة فخرجت عن كونها مسكناً لها والثانية لم تسكن بها فهما سواء وكذلك ان مات بعد خروجها من البلد لما ذكرنا وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لانها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين، فأما إذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال لانها إنما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها إياه وإقامتها معه فلو ألزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة. فأما ان انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع إلى الثانية لانها صارت مسكنها بانتقالها اليها وانما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها ، وان مات وهي في الثانية فقالت أذن لي زوجي في السكنى بهذا

لان علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والاصل عدمه فلا نثبت به حكما بمجرده

(فصل) واذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة (أحدها) ان يكون البائع أقر بوطئها عند البيع او قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر او يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فان الولد يكون للبائع والجارية ام ولد له والبيع باطل

(الحال الثاني) ان يكون احدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية ام ولد له

(الحال الثالث) ان تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لان الحمل تجدد في ملكه ظاهراً فان ادعاه كل واحد منهما فهو للمشتري لانه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه ، وان ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلا وان كذبه فالقول قول المشتري في ملك الولد لان الملك انتقل اليه ظاهراً فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع ان الجارية مغصوبة او معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال

(والثاني) لايقبل لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو أعتقه كان ابوه أحق بميراثه منه ولذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما انه اخو صاحبه لم يقبل الا ببينة

(الحال الرابع) أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فان ادعاه البائع فاقر له المشتري لحقه وبطل البيع وان كذبه فالقول قول المشتري، وان ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فالحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولانه

المكان وأنكر ذلك الورثة أو قالت إنما أذن لي زوجي في المجيء اليه لا في الاقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لانها أعرف بذلك منهم، وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرم يسافر معها والامن على نفسها لقول رسول الله ﷺ « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم من أهلها» أو كما قال

﴿ مسئلة ﴾ (وان سافر بها فمات في الطريق وهي قريبة لزمها العود)

لانها في حكم الاقامة وان تباعدت خيرت بين البلدين لان البلدين تساويا فكانت الخيرة اليها فيما المصلحة لها فيه لانها أخبر بمصلحتها .

(فصل) وان أذن لها زوجها في السفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما نذكره من التفصيل وإذا مضت إلى مقصدها فلها الاقامة حتى تقضي ما خرجت اليه وتقضي حاجتها من تجارة أو غيرها فان كان خروجها لنزهة أو زيادة ولم يكن قدر لها مدة فانها تقيم اقامة

يحتمل كونه من كل واحد منهما وان ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغي ان يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لاننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها

(الحال الخامس) اذا أتت به لاقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فان ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء

﴿ مسألة ﴾ قال (وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها الطيب والزينة والبيتوتة في غير منزلها والكحل بالاثمد والنقاب)

هذا يسمى الاحداد ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في وجوبه على المتوفى عنها زوجها الا عن الحسن فانه قال لا يجب الاحداد وهو قول شذ به عن اهل العلم وخالف به السنة فلا يعرج عليه ويستوي في وجوبه الحرة والامة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة وقال أصحاب الرأي لا احداد على ذمية ولا صغيرة لانهما غير مكلفتين

ولنا عموم الاحاديث التي سنذكرها ولان غير المكلفة تساوي المكلفة في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وانما يفترقان في الاثم فكذلك الاحداد ولان حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها

(فصل) ولا احداد على غير الزوجات كام الولد اذا مات سيدها قال ابن المنذر لا أعلمهم يختلفون في ذلك وكذلك الامة التي يطؤها سيدها اذا مات عنها ولا الموطوءة بشبهة والمزني بها لقول النبي ﷺ « لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » ولا احداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه لانها في حكم الزوجات

المسافر ثلاثاً وان كان قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم اذنه فكان لها اقامة ما أذن لها فيه فاذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف أوغيره أتمت العدة في مكانها وان أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمها الاقامة في مكانها لان الاعتداد وهي مقيمة أولى من الاتيان به في السفر، وان كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها .

﴿ مسألة ﴾ (وان أذن لها في الحج فاحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت في سفرها وان لم تخش وهي في بلدها أو قرية يمكنها العود أقامت لتقضي العدة في منزلها والا مضت في سفرها وان لم تكن أحرمت به أو أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم تخش الفوات)

وجملة ذلك أن المعتدة ليس لها أن تخرج الى الحج ولا غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وبه قال

لها ان تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتنفق عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا احداد على المنكوحة نكاحا فاسداً لانها ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له ويحل لها فتحزن على فقده .

(فصل) وتجتنب الحادة مايدعو الى جماعها ويرغب في النظر اليها ويحسنها وذلك أربعة أشياء (أحدها) الطيب ولاخلاف في تحريمه عند من أوجب الاحداد لقول النبي ﷺ « لا تمس طيبا الا عند ادنى طهرها اذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط او اظفار » متفق عليه وروت زينب بنت ام سلمة قالت دخلت على أم حبيبة زوج النبي ﷺ حين توفى أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها ثم قالت والله مالي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا » متفق عليه ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ، ولا يجوز لها استعمال الادهان المطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه لانه استعمال للطيب، فأما الادهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا بأس به لانه ليس بطيب (الثاني) اجتناب الزينة وذلك واجب في قول عامة أهل العلم منهم ابن عمر وابن عباس وعطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون عنه وهو ثلاثة أقسام :

(أحدها) الزينة في نفسها فيحرم عليها ان تختضب وان تحمر وجهها بالكلكون وان تبيضه باسفيذاج العرايس وأن تجعل عليه صبراً يصفره وأن تنقش وجهها ويديها وان تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن تكتحل بالاسمد من غير ضرورة وذلك لما روت أم سلمة ان النبي ﷺ قال « المتوفى عنها

سعيد بن المسيب ومالك والشافعي والثوري وأصحاب الرأي فان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لانها في حكم الاقامة ، وان تباعدت مضت في سفرها ، وقال مالك ترد مالم تحرم ، والصحيح ماذكرنا لانه يضربها وعليها مشقة ولا بد لها من سفر وان رجعت ، ويحد القريب بما لا تقصر اليه الصلاة والبعيد بما تقصر فيه قاله القاضي وهو قول أبي حنيفة الا انه لا يرى القصر الا في مدة ثلاثة أيام ، فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام لزمها الرجوع اليه، وان كان فوق ذلك لزمها المضي الى مقصدها اذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام، وان كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي به مكان يمكنها الاقامة فيه لزمتها الاقامة وإلا مضت إلى مقصدها ، وقال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لانها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه مالو بعدت

ولنا على وجوب الرجوع على القريبة ما روى سعيد باسناده عن سعيد بن المسيب قال توفى أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن ولانه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن تعتد فلزمها كما لو لم تفارق البنيان

زوجها لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولاتختضب ولا تكتحل» رواه النسائي وأبوداود وروت أم عطية أن رسول الله ﷺ قال « لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغاً الا ثوب عصب ولا تكتحل ولاتمس طيبا الا عند أدنى طهرها اذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط أو اظفار » متفق عليه . وعن أم سلمة قالت جاءت امرأة الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان ابنتي توفي عنهازوجها وقداشتكت عينها أفتكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ «لا» مرتين أو ثلاثا متفق عليه ، وروت أم سلمة قالت : دخل علي رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمةوقدجعلت علي عيني صبراً فقال« ماذاياأم سلمة ؟ » قلت انماهو صبر ليس فيه طيب قال«انه يشب الوجه لاتجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب » قال قلت بأي شيء أمتشط قال «بالسدر تغلفين به رأسك» ولان الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو اليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه ، وحكي عن بعض الشافعية أن للسوداء أن تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فانه يزينها ويحسنها ، وان اضطرت الحادة الى الكحل بالاثمد للتداوي فلها أن تكتحل ليلا وتمسحه نهاراً ، ورخص فيه عند الضرورة عطاء والنخعي ومالك وأصحاب الرأي لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكي عينيها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها الى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقالت لاتكتحلي الا لما لابد منه يشتد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبوداود والنسائي ، وانما منع من الكحل بالاثمد لانه الذي تحصل به الزينة ، فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوها فلا بأس به لانه لازينة فيه بل يقبح العين ويزيدها مرها ، ولاتمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لانه انما منع منه في الوجه لانه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا قال النبي ﷺ « انه يشب الوجه ولا تمنع من

وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع لان عليها مشقة وتحتاج الى سفر طويل في رجوعها أشبهت من بلغت مقصدها ، وان اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك اذا كانت تصل الى منزلها في عدتها ، ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كالبعيدة ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف بينهم لانه أمكنها الاعتداد فيه فهو كما لو لم تسافر منه

(فصل) ولو كان عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة في منزلها ، وان فاتها الحج لان العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به بعدها ، وان مات زوجها بعد احرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها فيه وكان وقت الحج متسعا لا يخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لامكان الجمع بين الحقين ، وان خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمها المقام ، وإن فاتها الانها معتدة فلم يجز لها أن تنشي سفرا كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

التنظيف بتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق الشعر المندوب الى حلقه ولا من الاغتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولانه يراد للتنظيف لا للطيب

(القسم الثاني) زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصفر والمزعفر وسائر الاحمر وسائر الملون للتحسين كالازرق الصافي والاخضر الصافي والاصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي « لاتلبس ثوبا مصبوغا » وقوله « لاتلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق » فاما ما لايقصد بصبغه حسنه كالكحلي والاسود والاخضر المشبع فلا تمنع منه لانه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج فيه احتمالان (أحدهما) يحرم لبسه لانه أرفع وأحسن ولانه مصبوغ للحسن فأشبه ماصبغ بعد نسجه (والثاني) لايحرم لقول رسول الله ﷺ في حديث أم سلمة « الا ثوب عصب » وهو ماصبغ غزله قبل نسجه ذكره القاضي ولانه لم يصبغ وهو ثوب فأشبه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ ، والاول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الانف الورس والعصب نبتان باليمن لاينبتان الا به فأرخص النبي ﷺ للحادة في لبس ماصبغ بالعصب لانه في معنى ماصبغ لغير التحسين أما ماصبغ غزله للتحسين كالاحمر والاصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسجه ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة وان كان رقيقا سواء كان من قطن أو كتان و ابريسم لان حسنه من أصل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة اذا كانت حسنة الخلقة لايلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها

(القسم الثالث) الحلي فيحرم عليها لبس الحلي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي ﷺ « ولا الحلي » ، وقال عطاء يباح حلي الفضة دون الذهب وليس بصحيح لان النهي عام ، ولان الحلي يزيد حسنها ويدعو الى مباشرتها قالت امرأة

وما الحلي الا زينة لنقيصة ... تتمم من حسن اذا الحسن قصرا

ولنا أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الاسبق منهما كما لو سبقت العدة ولان الحج آكد لانه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كالو ماتت زوجها بعد أن بعد سفرها اليه ، وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي اليه لما في بقائها على الاحرام من المشقة واحتمل أن تلزمها العدة في منزلها لانها أسبق ولانها فرطت وغلظت على نفسها فاذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك فان أدركته والا تحللت بعمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج وإن لم يمكنها السفر فهي كالمحصرة التي يمنعها زوجها من السفر وحكم الاحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف

﴿ مسئلة ﴾ (وأما المبتوتة فلا تجب عليها عدة الوفاة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه قال

(فصل) الثالث مما تجتنبه الحادة النقاب وما في معناه مثل البرقع ونحوه لان المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك واذا احتاجت الى ستر وجهها أسدلت عليه كما تفعل المحرمة

(فصل) والرابع المبيت في غير منزلها وممن أوجب على المتوفى عنها زوجها الاعتداد في منزلها عمر وعثمان رضي الله عنهما . وروي ذلك عن ابن عمر وابن مسعود وام سلمة ، وبه يقول مالك والثوري والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي واسحاق . وقال ابن عبد البر وبه يقول جماعة فقهاء الامصار بالحجاز والشام والعراق ومصر

وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء تعتد حيث شاءت ، وروي ذلك عن علي وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم قال ابن عباس نسخت هذه الآية عدتها عند أهله وسكنت في وصيتها وان شاءت خرجت لقول الله تعالى (فان خرجن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن) قال عطاء ثم جاء الميراث فنسخ السكنى تعتد حيث شاءت . رواهما ابو داود

ولنا ماروت فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله ﷺ فأخبرته ان زوجها خرج في طلب اعبد له فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع الى أهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت فقال رسول الله ﷺ « نعم » قالت فخرجت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني او امر بي فدعيت له فقال رسول الله ﷺ « كيف قلت ؟ » فرددت عليه القصة فقال « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً فلما كان عثمان بن عفان أرسل الي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به رواه مالك في موطئه والأثرم وهو حديث صحيح قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه اذا ثبت هذا فانه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان مملوكا لزوجها أو

أصحابنا لا يتعين الموضع الذي تسكنه المبتوتة في الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل بل يتخير الزوج بين اقرارها في موضع طلاقها وبين نقلها الى مسكن مثلها لحديث فاطمة بنت قيس يذكر في النفقات إن شاء الله تعالى

والمستحب اقرارها لقوله سبحانه (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) ولان فيه خروجا من الخلاف فان الذين يرون لها السكنى يوجبون عليها الاعتداد في منزلها فان كان في بيت يملك الزوج سكناه يصلح لمثلها اعتدت فيه فان ضاق عنهما انتقل عنها الا انه يستحب سكناها في البيت الذي طلقها فيه وان اتسع الموضع لهما وأمكنها السكنى في موضع منفرد كالحجرة وعلو الدار وبينهما باب مغلق جاز وسكن الزوج في الباقي كالحجرة بين المتجاورين وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز وتركه أولى ولا يجوز مع عدم المحرم لان الخلوة لاجنبية محرمة وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فان لم يكن ثم

باجارة او عارية لان النبي ﷺ قال لفريعة « امكثي في بيتك » ولم تسكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض ألفاظه « اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك » وفي لفظ « اعتدي حيث أتاك الخبر » فان اتاها الخبر في غير مسكنها رجعت الى مسكنها فاعتدت فيه ، وقال سعيد بن المسيب والنخعي لاتبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها اتباعا للفظ الخبر الذي رويناه

ولنا قوله عليه السلام « امكثي في بيتك » واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فان قضايا الاعيان لاعموم لها ثم لايمكن حمله على العموم فانه لايلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية اذا أتاها الخبر وهي فيها

(فصل) فان خافت هدما او غرقا او عدواً او نحو ذلك او حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو باجارة انقضت مدتها او منعها السكنى تعديا او امتنع من اجارته او طالب به أكثر من أجرة المثل او لم تجد ماتكتري به او لم تجد الا من مالها فلها ان تنتقل لانها حال عذر ولا يلزمها بذلك أجر المسكن وانما الواجب عليها فعل السكنى لا تحصيل المسكن . واذا تعذرت السكنى سقطت ولها أن تسكن حيث شاءت ذكره القاضي . وذكر ابو الخطاب انها تنتقل الى أقرب مايمكنها النقلة اليه وهو مذهب الشافعي لانه أقرب الى موضع الوجرد فأشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لايجد فيه أهل السهمان فانه ينقلها الى أقرب موضع يجدهم فيه

ولنا ان الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف اذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ولان ماذكروه اثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فان معنى الاعتداد في بيتها لايوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فان القصد نفع الاقرب وفي نقلها الى أقرب موضع يجده نفع الاقرب فوجب لذلك

حاكم رجعت على الزوج وإن وجد الحاكم ففي رجوعها روايتان فان كان الزوج حاضراً ولم يمنعها المسكن فاكترت لنفسها مسكناً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع لأنها تبرعت بذلك وإن عجز الزوج عن اسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع منه مع المقدرة سكنت حيث شاءت

(باب في استبراء الاماء)

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع :

(أحدها) إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بمباشرة أو قبلة حتى يستبرئها إلا المسبية هل له الاستمتاع منها بما دون الفرج ؟ على روايتين)

من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والارث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل هذا قول الحسن وابن سيرين

(فصل) قال أصحابنا ولا سكنى للمتوفى عنها اذا كانت حائلا . رواية واحدة وان كانت حاملا فعلى روايتين وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان وجه الوجوب قوله تعالى (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا الى الحول غير اخراج) فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب . ولان النبي ﷺ أمر فريعة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن الا باذنهم كما انها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير اذنهم

ولنا ان الله تعالى انما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة ، والمسكن من التركة فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك ولانها بائن من زوجها فأشبهت المطلقة ثلاثا . وأما اذا كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجب لها السكنى قياساً على المطلقة . فأما الآية التي احتجوا بها فانها منسوخة

وأما أمر النبي ﷺ فريعة بالسكنى فقضية في عين يحتمل انه عليه السلام علم ان الوارث يأذن في ذلك أو يكون الامر يدل على وجوب السكنى عليها ويتقيد ذلك بالامكان واذن الوارث من جملة مايحصل الامكان به ، فاذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه بيعاً يمنعها السكنى فيه حتى تقضي العدة وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء . وان تعذر المسكن فعلى الوارث أن يكتري لها مسكناً من مال الميت فان لم يفعل أجبره الحاكم وليس لها أن تنتقل من مسكنها الا لعذر كما ذكرنا وان اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لان هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى لانها تجب للعدة والعدة يتعلق بها حق الله تعالى فلم يجز اتفاقهما على ابطالها بخلاف سكنى النكاح فانها حق لهما ولان السكنى ههنا من الاحداد فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الاحداد ، وليس لهم ان

وأكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لان الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء وقال الليث إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك وقال عثمان البتي يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لانه لو زوجها لكان الاستبراء على السيد دون الزوج كذلك ههنا

ولنا ماروى أبو سعيد أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض رواه أحمد في المسند

وعن رويفع بن ثابت قال اني لاأقول إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ سمعته يقول « لا يحل لامريء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه أبو داود وفي لفظ قال سمعت رسول الله ﷺ يوم حنين يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » رواه

يخرجوها الا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشه مبينة) وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه . روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الاكثرين

وقال ابن مسعود والحسن هي الزنا لقول الله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) واخراجهن هو الاخراج لاقامة حد الزنا ثم ترد الى مكانها

ولنا ان الآية تقتضي الاخراج عن السكنى وهذا لا يتحقق فيما قالاه ، وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الاقوال الفاحشة . يقال أفحش فلان في مقاله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قالت له عائشة يارسول الله قلت لفلان بئس أخو العشيرة فلما دخل ألنت له القول فقال « ياعائشة ان الله لا يحب الفحش ولا التفحش » اذا ثبت هذا فان الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن الى مسكن آخر من الدار ان كانت كبيرة تجمعهم فان كانت لا تجمعهم ان لم يمكن نقلها الى غيره في الدار ولم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها . وقال بعض اصحابنا: ينتقلون هم عنها لان سكناها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على انها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ولان الفاحشة منها فكان الاخراج لها .وان كان أحماؤها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوا هم دونها فانها لم تأت بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولان الذنب لهم فيخصون بالاخراج

وان كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه باسكانها فيه لزمها الاعتداد به وان ابى أن يسكنها الا باجرة وجب بذلها من مال الميت الا ان يتبرع انسان ببذلها فيلزمها الاعتداد به فان حولها صاحب المكان أو طلب أكثر من أجرة المثل فعلى الورثة اسكانها ان كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لانه حق لها يقدم على الميراث فان اختارت النقلة عن هذا المسكن الذي ينقلونها اليه فلها ذلك لان سكناها

الاثرم ولانه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالبنت التي تحمل ولانه سبب وجب للاستبراء فلم تفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة قال أبو عبد الله قد بلغني أن العذراء تحمل فقال له بعض أهل المجلس نعم قد كان في جيراننا . وذكره بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما اذا اشتراها من امرأة أو صبي أو من تحرم عليه برضاع أو غيره وما ذكره البتي لا يصح لان الملك قد يكون بالسبي والارث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب والفرق بين البيع والتزويج أن التزويج لا يراد الا للاستمتاع فلا يجوز الا فيمن تحل له فوجب ان يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتده ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم الاستمتاع بالقبلة والنظر لشهوة)

به حق لها وليس بواجب عليها فان المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لابويها أو لاحدهما أو لغيرهم؛ وان كانت تسكن في دارها فاختارت الاقامة فيها والسكنى بها متبرعة أو باجرة تأخذها من التركة جاز ويلزم الورثة بذل الاجرة اذا طلبتها وان طلبت أن تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لانه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها وعليهم اسكانها

(فصل) فأما اذا قلنا ليس لها السكنى فتطوع الورثة باسكانها في مسكن زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وان منعت السكنى به أو طلبوا منها الاجرة فلها أن تنتقل عنه الى غيره كما ذكرنا فيما اذا أخرجها المؤجر عند انقضاء الاجارة وسواء قدرت على الاجرة أو عجزت عنها لانه انما تلزمها السكنى لا تحصيل المسكن ؛ وان كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها مسكناً آخر لم تلزمها السكنى وكذلك ان أخرجت من المسكن الذي هي به او خرجت لاي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواه سواء بذله الورثة أو غيرهم لانها انما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره وكذلك اذا قلنا لها السكنى فتعذر سكناها في مسكنها و بذل لها سواه ؛ وان طلبت مسكنا سواه لزم الورثة تحصيله بأجرة او بغيرها ان خلف الميت تركة تفي بذلك ويقدم ذلك على الميراث لانه حق على الميت فأشبه الدين فان كان على الميت دين يستغرق

والاستمتاع بها فيما دون الفرج اذا لم تكن مسبية رواية واحدة وقال الحسن لا يحرم من المستبرأة الا فرجها وله ان يستمتع منها بما شاء مالم يمس لان النبي ﷺ انما نهى عن الوطء ولانه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاختص بالفرج كالحيض

ولنا انه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولانه لا يأمن كونها حاملا من بائعها فتكون ام ولد فلا يصح بيعها فيكون مستمتعا بأم ولد غيره وبهذا فارق الحائض فاما المسبية ففيها روايتان (احداهما) تحريم مباشرتها وهو ظاهر كلام الخرقي وهو الظاهر عن احمد اذا كان لشهوة قياسا على العدة ولانه داعية الى الوطء المحرم المفضي الى اختلاط المياه واشتباه الانساب فأشبهت المبيعة والرواية الثانية لا يحرم لما روي عن ابن عمر انه قال وقع في سهمي يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة فما ملكت نفسي ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون ولانه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لانها تحتمل ان تكون ام ولد للبائع فيكون مستمتعا بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وانما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره

(مسئلة) (وسواء ملكها من صغير او كبير أو رجل أو امرأة أو مجبوب او من رجل قد استبرأها ثم لم يطأها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » ولانه يجوز ان تكون حاملا من غير البائع فوجب استبراؤها كالمسبية من امرأة

ماله ضربت بأجرة المسكن مع الغرماء لان حقها مساو لحقوق الغرماء وتستأجر بما يصيبها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم في المطلقة اذا حجر على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فانها تضرب باجرة المسكن لمدة العدة مع الغرماء اذا كانت حاملا فان قيل فهلا قدمتم حق الغرماء لانه أسبق ؟ قلنا لان حقها ثبت عليه بغير اختيارها فشاركت الغرماء فيه كما لو أتلف المفلس مالا لانسان أو جني عليه ، وان مات وهي في مسكنه لم يجز اخراجها منه لان حقها تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدما كحق المرتهن ، وان طلب الغرماء بيع هذا المسكن وترك السكنى لها مدة العدة لم يجز لانها انما تستحق السكنى اذا كانت حاملا ومدة الحمل مجهولة فتصير كما لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة وان أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه يضر بها في السكنى لم يكن لهم ذلك وان أرادوا التعليم بخطوط من غير نقض ولا بناء جاز لانه لاضرر عليها فيه

(فصل) واذ قلنا انها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فانها تضرب بمدة عادتها في وضع الحمل ان كانت حاملا ، وان كانت مطلقة من ذوات القروء وقلنا لها السكنى ضربت بمدة عادتها في القروء فان لم تكن لها عادة ضربت بغالب عادات النساء وهو تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء شهر أو بما بقي من ذلك ان كان قد مضى من مدة حملها شيء لانه لايمكن تأخير القسمة لحق الغرماء فاذا ضربت بذلك فوافق الصواب فلم تزد ولم تنقص استقر الحكم وتستأجر بما يحصل لها

(مسألة) (وان اعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح غيره ان لم يكن بائعها يطؤها)

إذا اشترى امة فاعتقها قبل استبرائها لم يجز ان يتزوجها حتى يستبرئها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي له ذلك وروى ان الرشيد اشترى جارية فتاقت نفسه الي جماعها قبل استبرائها وامره أبو يوسف ان يعتقها ويتزوجها ويطأها قال ابو عبد الله وبلغني ان المهدي اشترى جارية فأعجبته فقيل له اعتقها وتزوجها قال أبو عبد الله ماأعظم هذا ابطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها الا وتعتد من اجل الحمل وسن رسول الله ﷺ استبراء الامة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتريه ثم يعتقها على المكان ثم يتزوجها فيطؤها يطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غداً فان كانت حاملا كيف يصنع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة قال النبي ﷺ «لاتوطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض » وهذا لايدري اهي حامل أم لا ؟ ماأسمج هذا قيل له ان قوما يقولون هذا فقال قبح الله هذا وقبح من يقوله وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الادلة كفاية اذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها اذا لم يعتقها لانها ممن يجب استبراؤها فلم يجز ان تتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المستبرأة من رجل يطؤها او من رجل قد اشتراها ثم لم يطأها او ممن لايمكنه الوطء كالصبي والمجبوب والمرأة وقال الشافعي اذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء اعتقها أو لم يعتقها وله ان يتزوجها اذا اعتقها لانها ليست فراشا وقد كان لسيدها تزويجها قبل

مكانا تسكنه اذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وان كانت المدة أقل مما ضربت به مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه، وان طالت العدة أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون عليها في صورة النقص ويحتمل أن لا ترجع به ويكون في ذمة زوجها الا اننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم تكن لها الزيادة عليه

(فصل) وللمعتدة الخروج في حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لما روى جابر قال طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اخرجي فجذي نخلك لعلك أن تتصدقي منه أو تفعلي خيراً» رواه النسائي وأبو داود وروى مجاهد قال استشهد رجل يوم احد فجاء نساؤهم رسول الله ﷺ وقلن يارسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند احدانا فاذا أصبحنا بادرنا الى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ «تحدثن عند احداكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها» وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج ليلا الا لضرورة لان الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين والحد وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها وان كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه فاذا فرغت رجعت الى منزلها

بيعها فجاز ذلك بعد بيعها ولانها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فكذلك اذا اعتقها المشتري

ولنا عموم قوله عليه السلام «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» ولانها امة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها أما اذا اعتقها في هذه الصورة فله تزويجها غيره لانها حرة لم تكن فراشا فأبيح لها النكاح كما لو اعتقها البائع وفارق الموطوءة فانها فراش يجب عليها استبراء نفسها فحرم عليها النكاح كالمعتدة وفارق ما اذا اراد سيدها نكاحها فانه لم يكن له وطؤها بملك اليمين فلم يكن له ان يتزوجها كالمعتدة ولان هذا يتخذ حيلة على ابطال الاستبراء فحرم بخلاف تزويجها لغيره

(مسألة) (والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها؟ على وجهين)

(احدهما) يجب وهو ظاهر كلام احمد في أكثر الروايات عنه فانه قال تستبرأ وان كانت في المهد وتحرم مباشرتها على هذه الرواية كالكبيرة لان الاستبراء يجب عليها بالمدة كذلك هذا

وروي عنه أنه قال ان كانت صغيرة تأتى شيئاً يسيرا إذا كانت رضيعة وقال في رواية أخرى تستبرأ بحيضة ان كانت تحيض وإلا ثلاثة أشهر ان كانت ممن يوطأ ويحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لان سبب الاباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فانه لا نص فيه ولا معنى نص ولا يراد لبراءة الرحم ولا يوجد الشغل في حقها

(فصل) والامة كالحرة في الاحداد والاعتداد في المنزل الا أن سكناها في العدة كسكناها في حياة زوجها للسيد امساكها نهارا وارسالها ليلا فان أرسلها ليلا ونهاراً اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة سكناها فيهما كالحرة سواء

(فصل) والبدوية كالحضرية في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه فان انتقلت الحلة انتقلت معهم لانها لا يمكنها المقام وحدها وان انتقل غير اهلها لزمها المقام معهم وان انتقل أهلها انتقلت معهم الا ان يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتكون مخيرة بين الاقامة والرحيل وان هرب أهلها فخافت هربت معهم وان أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها

(فصل) فان مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر فحكمها حكم المسافرة في البر على ماسنذكره وان لم يكن لها مسكن سواها وكان فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا يجتمع مع الرجال وأمكنها المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمها لزمها أن تعتد به فان كانت ضيقة وليس معها محرمها أو لا يمكنها الاقامة فيها الا بحيث تختلط بالرجال لزمها الانتقال منها الى موضع سواها .

﴿مسألة﴾ (وان اشترى زوجته لم يلزمه استبراؤها لانها فراش له)

فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح ليكون عليه ولاء له لانه عتق بملكه ولا تصير به الجارية ام ولد أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الامة ام ولد ومتى تبين حملها فله وطؤها لانه قد تبين الحمل وزال الاشتباه

﴿مسألة﴾ (أو عجزت مكاتبته حلت لسيدها بغير استبراء)

وبهذا قال أبو حنيفة وكذلك ان ارتدت امته ثم اسلمت أو زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراؤها وقال الشافعي يجب عليه الاستبراء في هذا كله لانه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فاشبهت المشتراه

ولنا انه لم يتجدد ملكه عليها فاشبهت المحرمة إذا حلت وان فك امته من الرهن حلت بغير استبراء بغير خلاف فكذلك هذا ولان الاستبراء انما شرع لمعنى مظنته تجديد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى

﴿مسألة﴾ (أو اسلمت امته المجوسية أو المرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو كان هو المرتد فاسلم فهي حلال بغير استبراء)

إذا ملك مجوسية أو وثنية فاسلمت قبل استبرائها لم تحل حتى يستبرئها أو يتم مابقي من استبرائها لما مضى فان استبرأها ثم اسلمت حلت بغير استبراء وقال الشافعي لا تحل حتى يجدد استبراءها بعد اسلامها لان ملكه تجدد على استمتاعها فاشبه من تجدد ملكه على رقبتها

(مسئلة) قال (والمطلقة ثلاثا تتوقى الطيب والزينة والكحل بالاثمد)

اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الاحداد على المطلقة البائن فعنه يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي والثانية لايجب عليها وهو قول عطاء وربيعة ومالك وابن المنذر ونحوه قول الشافعي لان النبي ﷺ قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الاحداد انما يجب في عدة الوفاة، ولانها معتدة عن غير وفاة فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية والموطوءة بشبهة ولان الاحداد في عدة الوفاة لاظهار الاسف على فراق زوجها وموته، فأما الطلاق فانه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها فلامعنى لتكليفها الحزن عليه ولان المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالاحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فان زوجها باق فهو يحتاط عليها بنفسه وينفي ولدها اذا كان من غيره

ووجه الرواية الاولى أنها معتدة بائن من نكاح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لان العدة تحرم النكاح فحرمت دواعيه، ويخرج على هذا الرجعية فانها زوجة والموطوءة بشبهة ليست معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة، فأما الحديث فانما مدلوله تحريم الاحداد على ميت غير الزوج ونحن نقول به ولهذا جاز الاحداد ههنا بالاجماع فاذا قلنا يلزمها الاحداد لزمها شيئان توقي

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة » وهذا ورد في سبايا أوطاس وهن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولانه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبراؤها كما لو حلت المحرمة، ولان الاستبراء انما وجب كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب ومظنة ذلك تجديد الملك على رقبتها ولم يوجد

(مسئلة) (أو اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز أو اشترى عبده التاجر امة فاستبرأها ثم أخذها سيده منه فانها تحل بغير استبراء لان ملكه ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه)

واما إذا اشترى مكاتبه امة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده ولم تكن من ذوات رحم المكاتب فعلى السيد استبراؤها لان ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك ما في يد مكاتبه فان كانت من ذوات محارمه فانها تباح للسيد بغير استبراء كذلك ذكره أصحابنا لانه يصير حكمها حكم المكاتب ان رق رقت وان عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم

(فصل) فان وطيء الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها اثم والاستبراء باق بحاله لانه حق عليه فلا يسقط بعدوانه فان لم تعلق منه استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء وتبني على ما مضى من الاستبراء وان علقت منه فتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع بها في حال حملها

الطيب والزينة في نفسها على ماقدمنا فيها ولا تمنع من النقاب ولا من الاعتداد في غير منزلها ولذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم على ما سنذكره ان شاء الله تعالى :

(فصل) واذا كانت المبتوتة حاملا وجب لها السكنى رواية واحدة ولانعلم بين أهل العلم خلافا فيه وان لم تكن حاملا ففيها روايتان :

(احداهما) لايجب لهاذلك وهوقول ابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمرو ابن ميمون وعكرمة واسحاق وأبو ثور وداود

(والثانية) يجب لها ذلك وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وسليمان بن يسار ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأي لقول الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقال تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فأوجب لهن السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها

لانه لم يستبرئها ، وان وطئها وهي حامل حملا كان موجوداً حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضى استبراؤها قال احمد ولا يلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد وقد روى أبو داود باسناده عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على فسطاط فقال « لعله يريد ان يلم بها؟ - قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ - لقد هممت ان العنه لعنا يدخل معه قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ » ومعناه انه ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده وان اتخذه مملوكا له لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد وعن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضعن مافي بطونهم رواه النسائي

﴿مسئلة﴾ (وان وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض اجزأ ويحتمل ان لايجزيء)

لايكون الاستبراء إلا بعد ملك المشترى لجميع الامة فلو ملك بعضها ثم ملك باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها فان ملكها ببيع فيه الخيار انبنى على نقل الملك في مدته فان قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع وان قلنا لاينتقل فابتداؤه من حين انقطع الخيار وان كان المبيع معيباً فابتداؤه من حين البيع لان العيب لايمنع نقل الملك بغير خلاف ، فان ابتدأ الاستبراء بعد البيع وقبل القبض اجزأ في اظهر الوجهين لان الملك ينتقل به والثاني لايجزيء لان القصد معرفة براءتها من مال البائع ولا يحصل ذلك مع كونها في يده

﴿مسئلة﴾ (وان باع امته ثم عادت اليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها وان كان قبله فعلى روايتين)

اما إذا عادت اليه بعد القبض وافتراقهما لزمه استبراؤها لانه تجديد ملك سواء كان المشتري لها

ولنا ماروت فاطمة بنت قيس ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها ان تعتد في بيت ام شريك — ثم قال — ان تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي في بيت ابن ام مكتوم » متفق عليه ، فان قيل فقد انكر عليها عمر وقال : ما كنا لندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندري أصدقت ام كذبت ، وقال عروة لقد عابت عائشة ذلك اشد العيب وقل انها كانت في مكان وحش فخيف على ناحيتها ، وقال سعيد بن المسيب تلك امرأة فتنت الناس انها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الاعمى . قلنا أما مخالفة الكتاب فان فاطمة لما أنكروا عليها قالت بيني وبينكم كتاب الله قال الله تعالى (لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) فأي أمر يحدث بعد الثلاث فكيف تقولون لانفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها فكيف تحبس امرأة بغير نفقة ؟ وأما قولهم ان عمر قال لاندع كتاب ربنا فقد انكر احمد هذا القول عن عمر قال ولكنه قال لانجيز في ديننا قول امرأة وهذا مجمع على خلافه وقد اخذنا بخبر فريعة وهي امرأة وبرواية عائشة وازواج رسول الله ﷺ في كثير من الاحكام وصار اهل العلم الى خبر فاطمة هذا في كثير من الاحكام مثل سقوط نفقة المبتوتة اذا لم تكن حاملا ونظر المرأة الى الرجال وخطبة الرجل على خطبة اخيه اذا لم تكن سكنت الى الاول

رجل أو امرأة وان كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية فعليه الاستبراء أيضاً في إحدى الروايتين ، وهو مذهب الشافعي لانه تجديد ملك والثانية ليس عليه استبراء وهذا قول أبي حنيفة إذا تقايلا قبل القبض لانه لافائدة في الاستبراء مع يقين البراءة

(مسئلة) (وإذا اشترى امة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها)

نص عليه أحمد وقال هذه حيلة وضعها أهل الرأي لابد من استبراء لانها تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولان اسقاطه ههنا ذريعة إلى اسقاط الاستبراء في حق من أراد اسقاطه بان يزوجها عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام

(مسئلة) (وان كان بعده لم يجب في أحد الوجهين)

اما إذا كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لان ذلك قد حصل بالعدة ولانها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولانها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له فاجزأ ذلك كما لو استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج ، وان استبرأها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليه الاستبراء لانها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين وقال القاضي في المعتدة يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لانهما من رجلين

واما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء، فانها تخالفهم في ذلك وهي اعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شيء وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال تلك امرأة فتنت الناس لئن كانت انما اخذت بما افتاها رسول الله ﷺ مافتنت الناس وان لنا في رسول الله ﷺ اسوة حسنة مع انها احرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث . وقول عائشة انها كانت في مكان وحش لايصح فان النبي ﷺ عال بغير ذلك فقال « ياابنة آل قيس انما السكنى والنفقة ماكان لزوجك عليك الرجعة » هكذا رواه الحميدي والأثرم . ولانه لو صح ماقالته عائشة او غيرها من التأويل مااحتاج عمر في رده الا ان يعتذر بأنه قول امرأة ثم فاطمة صاحبة القصة وهي اعرف بنفسها وبحالها وقد انكرت على من انكر عليها وردت على من رد خبرها او تأوله بخلاف ظاهره فيجب تقديم قولها لمعرفتها بنفسها وموافقتها ظاهر الخبر كما في سائر ماهذا سبيله

(فصل) قال اصحابنا ولا يتعين الموضع الذي تسكنه في الطلاق سواء قلنا لها السكنى اولم نقل بل يتخير الزوج بين اقرارها في الموضع الذي طلقها فيه وبين نقلها الى مسكن مثلها، والمستحب اقرارها لقوله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ولان فيه خروجا من

ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لانه علل فيما قبل الدخول بانها حيلة وضعها أهل الرأي ولايوجد ذلك ههنا ولايصح قولهم ان الاستبراء من رجلين فان السيد ههنا ليس له استبراء

(فصل) إذا كانت الامة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل آخر اجزأ استبراء واحد لانه يحصل به معرفة البراءة ، فان قيل فلو اعتقاها الزمتموها استبراءين قلنا وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو اعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطء من اثنين فلزمها حكم وطئها وفي مسئلتنا هو معلل بتجديد الملك لاغير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب ان يتجدد الاستبراء الثاني إذا وطيء امته ثم أراد تزويجها لم يجزيء حتى يستبرئها ، وأن أراد بيعها فعلى روايتين، وان لم يكن بائعها يطؤها لم يجب استبراؤها في الموضعين . اما إذا أراد تزويجها وكان يطؤها وجب عليه استبراؤها قبل تزويجها وجها واحداً لان الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب وهو قول الثوري والشافعي وقال أصحاب الرأي ليس عليها استبراء لان له بيعها فكان له تزويجها كالتي لايصيبها وتستبريء بحيضة وقال عطاء وقتادة عدتها حيضتان كعدة الامة المطلقة

ولنا أنها فراش لسيدها فلم يجز ان تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولأنها موطوءة وطأ له حرمة فلزمه استبراؤها قبل التزويج كالموطوءة بشبهة ، ولانه يفضي إلى أن يطأها سيدها اليوم وزوجها غداً فيفضي إلى اختلاط المياه، وهذا لا يحل ويفارق البيع فانها لا تصير للمشتري فراشا حتى يستبرئها فلا يفضي إلى اختلاط المياه ، ولهذا يصح بيع المزوجة والمعتدة بخلاف تزويجها على أن لنا

الخلاف فان الذين ذكرنا عنهم ان لها السكنى يرون وجوب الاعتداد عليها في منزلها فان كانت في بيت يملك الزوج سكناه ويصلح لمثلها اعتدت فيه فان ضاق عنهما انتقل عنها وتركه لها لأنه يستحب سكناها في الموضع الذي طلقها فيه ، وان اتسع الموضع لهما وفي الدار موضع لها منفرد كالحجرة او علو الدار اوسفلها وبينهما باب مغلق سكنت فيه وسكن الزوج في الباقي لانهما كالحجرتين المتجاورتين وان لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تتستر فيه بحيث لايراها ومعها محرم تتحفظ به جاز لان مع المحرم يؤمن الفساد، ويكره في الجملة لانه لايؤمن النظر وان لم يكن معها محرم لم يجز لقول النبي ﷺ «لا يخلون رجل بامراة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان» وان امتنع من اسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فان كان الحاكم معدوما رجعت على الزوج وان كان الحاكم موجوداً فهل ترجع على روايتين . وان كان الزوج حاضراً ولم يمنعها من المسكن فاكترت لنفسها موضعاً أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع بالاجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد . وان عجز الزوج عن اسكانها لعسرته أو غيبته أو امتنع من ذلك مع قدرته سكنت حيث شاءت وكذلك المتوفى عنها زوجها اذا لم يسكنها ورثته لانه انما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه فاذا لم تفعل لم يلزمها ذلك

في البيع منها أيضاً أنه لا يجوز ، فان أراد بيعها وكان لا يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع ، قال أحمد وان كانت لامرأة فاني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها وان كان يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراء لان انتفاء الحمل معلوم وان كانت ممن يحمل وجب عليه استبراؤها في أصح الروايتين ، وبه قال النخعي والثوري والثانية لا يجب عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان عبدالرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ولان الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع ولان الاستبراء في حق الحرة آكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا أن عمر أنكر على عبدالرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروي عبد الله بن عبيد بن عمير ، قال . باع عبدالرحمن جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال فبعتها قبل أن تستبرئها؟ قال نعم قال ما كنت لذلك بخليق قال فدعا القافة فنظروا اليه فألحقوه به ولانه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولانه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لازالة الاحتمال ولانه قد يشتريها من لا يستبرئها فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب فان باع فالبيع صحيح في الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولان عمر وعبدالرحمن لم يحكما بفساد البيع في الامة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا خرجت الى الحج فتوفي عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة فان كانت قد تباعدت مضت في سفرها فان رجعت وقد بقي من عدتها شيء أتت به في منزلها)

وجملته ان المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج الى الحج ولا الى غيره روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب والقاسم ومالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي والثوري . وان خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت ان كانت قريبة لانها في حكم الاقامة . وان تباعدت مضت في سفرها . وقال مالك ترد مالم تحرم . والصحيح ان البعيدة لا ترد لانه يضر بها وعليها مشقة ولابد لها من سفر وان رجعت، قال القاضي ينبغي أن يحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة والبعيد ما تقصر فيه لان ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر . وهذا قول أبي حنيفة الا انه لا يرى القصر الا في مسيرة ثلاثة أيام فقال متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام فعليها الرجوع اليه وان كان فوق ذلك لزمها المضي الى مقصدها والاعتداد فيه اذا كان بينها وبينه دون

إلى ذلك ، قال شيخنا وذكر أصحابنا الروايتين في كل امة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والاولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لان علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والاصل عدمه فلا يثبت به حكم بمجرده .

(فصل) إذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة

(أحدها) أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فان الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل

(والثاني) أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له

(الحال الثالث) أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولاقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ، يكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لان الحمل تجدد في ملكه ظاهراً فان ادعاه كل واحد منهما فهو للمشترى لانه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه، وان ادعاه البائع وحده فصدقه المشترى لحقه وكان البيع باطلا وان كذبه فالقول قول المشترى في ملك الولد لان الملك انتقل اليه ظاهراً فلا تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغصوبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد مع البائع؟ فيه وجهان

(أحدهما) يثبت لانه نفع للولد من غير ضرر على المشترى فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال

(والثاني) لا يقبل لان فيه ضرراً على المشتري فانه لو أعتقه كان أبوه أحق بماله منه ميراثا وكذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما باخوة صاحبه لم يقبل إلا ببينة

ثلاثة أيام وان كان بينه وبينها ثلاثة أيام وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الاقامة فيه لزمها الاقامة وان لم يمكنها الاقامة مضت الى مقصدها

وقال الشافعي ان فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لانها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو كانت قد بعدت

ولنا على وجوب الرجوع اذا كانت قريبة ما روى سعيد ثنا جرير عن منصور عن سعيد بن المسيب قال توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن . ولانه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها فلزمها كما لو لم تفارق البنيان . وعلى ان البعيدة لا يلزمها الرجوع ان عليها مشقه وتحتاج الى سفر في رجوعها فأشبهت من بلغت مقصدها . وان اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك اذا كانت تصل الى منزلها قبل انقضاء عدتها ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر فلها المضي في سفرها كما لو بعدت، ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك لانه أمكنها الاعتداد فيه فلزمها كما لو لم تسافر منه

(الحال الرابع) أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري وقبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فان ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع وان كذبه فالقول قول المشتري ، وان ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبدالرحمن بن عوف ولانه يحتمل أن يكون من كل واحد منهما فان ألحقته بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع فتكون الجارية أم ولد للبائع لانا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

(الحال الخامس) أتت به لاقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطئها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فان ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء (الموضع الثالث) إذا أعتق أم ولده أو امته التي كان يصيبها أو مات عنها لزمها الاستبراء لانها صارت فراشا له فلم تحل لغيره قبل استبرائها لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الانساب إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء واذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لانها محرمة على المولى وليست له فراشاً وانما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشاً ولانه لم يزوجها حتى استبرأها فانه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها ،وفيه خلاف ذكرناه، وكذلك ان أعتقها أو مات عن أمة كان يطؤها أو أعتقها فهي على ما ذكرنا ، فان زوجها فطلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليها أيضاً لانه لم يوجد في حقها ما يوجب الاستبراء فان طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فلها عدة حرة كاملة ولأنها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها ، وان مات سيدها وهي في عدة الزوج

(فصل) ولو كانت عليها حجة الاسلام فمات زوجها لزمتها العدة في منزلها وان فاتها الحج لان العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاتيان به في غير هذا العام . وان مات زوجها بعد احرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها زوجها فيه نظرت فان كان وقت الحج متسعاً لا تخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط أحدهما ، وان خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وبهذا قال الشافعي . وقال أبوحنيفه يلزمها المقام وان فاتها الحج لانها معتدة فلم يجز لها أن تنشىء سفراً كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها

ولنا انهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو كانت العدة اسبق . ولان الحج آكد لانه أحد أركان الاسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها اليه . وان أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي اليه لما في بقائها في الاحرام من المشقة ، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها لان العدة أسبق ولانها فرطت وغلظت على نفسها ، فاذا قضت العدة وأمكنها السفر الى الحج لزمها ذلك فان ادركته والا تحللت بعمل عمرة وحكمها في انقضاء حكم من فاته الحج وان لم يمكنها السفر فحكمها حكم المحصر كالتي يمنعها زوجها من السفر ، وحكم الاحرام بالعمرة كذلك اذا خيف فوات الرفقة او لم يخف

عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه ولانه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد اذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة ان كان طلاقها بائناً وكانت متوفى عنها وان كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما ذكرنا ، وان بانت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فأتمت عدتها ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لانها عادت الى فراشه وقال أبو بكر لا يلزمها استبراء الا أن يردها السيد الى نفسه لان فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردها اليه فأشبهت الامة التي لم يطأها

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات زوجها وسيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الوفاة حسب وليس عليها استبراء)

لان السيد ان كان مات أولا فقد مات وهي زوجة وان كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة حرة لانه يحتمل أن سيدها مات أولا ثم مات زوجها وهي حرة فلزمتها عدة الحرائر لتخرج من العدة بيقين وكذلك على قول أبي بكر لانه ليس عليها عدة استبراء لان فرش سيدها قد زال عنها ولم تعد اليه فتلزمها عدة حرة لما ذكرنا .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان بينهما أكثر من ذلك أو جهلت المدة فعليها بعد موت الآخر منهما أطول

(فصل) واذا أذن لها زوجها للسفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ماذكرنا من التفصيل واذا مضت الى مقصدها فلها الاقامة حتى تقضي ماخرجت اليه وتنقضي حاجتها من تجارة أوغيرها وان كان خروجها لنزهة أو زيارة أولم يكن قدر لها مدة فانها تقيم اقامة المسافر ثلاثا وان قدر لها مدة فلها اقامتها لان سفرها بحكم اذنه فكان لها اقامة ماأذن لها فيه فاذامضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع لخوف او غيره أتمت العدة في مكانها وان أمكنها الرجوع لكن لايمكنها الوصول الى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمتها الاقامة في مكانها لان الاعتداد وهي مقيمة أولى من الاتيان بها في السفر وان كانت تصل وقد بقي من عدتها شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها

(فصل) وان أذن الزوج لها في الانتقال الى دار أخرى أو بلد آخر فمات قبل انتقالها لزمها الاعتداد في الدار التي هي بها لانها بيتها وسواء مات قبل نقل متاعها أو بعده لانها مسكنها مالم تنتقل عنه وان مات بعد انتقالها الى الثانية اعتدت فيها لانها مسكنها وسواء كانت قد نقلت متاعها أو لم تنقله وان مات وهي بينهما فهي مخيرة لانها لامسكن لها منهما فان الاولى قد خرجت عنها منتقلة

الاجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة)

لانه يحتمل أن السيد مات أولا فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها الى فراشه فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين قال ابن عبدالبر وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بان عدة أم الولد من سيدها حيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال وقول أصحاب الشافعي في هذا الفصل كقولنا وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه الا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد وقال ابن المنذر حكمها حكم الاماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها الى حكم الحرائر الا باحاطة أن الزوج مات بعد المولى وقيل إن هذا قول أبي بكر عبدالعزيز أيضاً والذي ذكرناه أحوط

(فصل) فأما الميراث فانها لا ترث من زوجها شيئاً لان الاصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك والفرق بين العدة والارث ان إيجاب العدة عليها استظهار لاضرر فيه على غيرها وإيجاب الارث إسقاط لحق غيرها ولان الاصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين والاصل عدم الميراث لها فلا يزول إلا بيقين فان قيل أليس زوجة المفقود لو مات وقف ميراثه مع الشك في إرثه ؟ قلنا الفرق بينهما أن الاصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الاصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثاً فافترقا

(فصل) فان أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك في الحال من غير استبراء لان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها وقال ﷺ « ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن

فخرجت عن كونها مسكنا لها (والثانية) لم تسكن بها فهما سواء وقيل يلزمها الاعتداد في الثانية لانها المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين فأما اذا كانا بلدين لم يلزمها الانتقال الى البلد الثاني بحال لانها انما كانت تنتقل لغرض زوجها في صحبتها اياه واقامتها معه فلو الزمناها ذلك بعد موته لكلفناها السفر الشاق والتغرب عن وطنها وأهلها والمقام مع غير محرمها والمخاطرة بنفسها مع فوات الغرض وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت الحياة مشروطة في النقلة فأما ان انتقلت الى الثانية ثم عادت الى الاولى لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع الى الثانية لانها صارت مسكنها بانتقالها اليها وانما عادت الى الاولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون موضعها وان مات وهي في الثانية فقالت اذن لي زوجي في السكنى بهذا المكان وأنكر ذلك الورثة أو قالت انما أذن لي زوجي في المجيء اليه لا في الاقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لانها

تعليمها ثم أعتقها وتزوجها » ولم يذكر استبراء ولان الاستبراء لصيانة مائه وحفظ نسبه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصان ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعة في عدتها

وقد روي عن أحمد في الامة التي لا يطؤها: إذا أعتقها لا يتزوجها بغير استبراء ، لانه لو باعها لم تحل المشتري بغير استبراء ، والصحيح أنها لا تحل له لانه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتي كان يصيبها ولان النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها ولم ينقل إنه كان قد أصابها ، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم ولانها تحل لمن يتزوجها سواه فله أولى ولانه لو استبرأها ثم أعتقها ثم تزوجها في الحال كان جائزاً حسناً فكذلك هذه فانه تارك لوطئها ولان وجوب الاستبراء في حق غيره انما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام أحمد محمول على من استبرأها ثم تزوجها قبل استبرائها .

(فصل) إذا كانت له أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لانها خرجت عن كونها فراشاً باستبرائها وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك وان باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها فان مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها اتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لانها لم تصر فراشاً للمشتري ولم يلزمها استبراء باعتاقه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراءان)

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يلزمها استبراء واحد لان القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب استبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد

ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعدتين ولانهما استبراءان من رجلين فأشبها العدتين وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين

﴿ فصل ﴾ قال شيخنا رحمه الله (والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملا)

أعرف بذلك منهم وكل موضع قلنا يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرمها مسافراً معها والامن على نفسها لقول رسول الله ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة الا مع ذي محرم من اهلها أو كما قال

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا طلقها زوجها أومات عنها وهو ناء عنها فعدتها من يوم مات أو طلق اذا صح ذلك عندها وان لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة)

هذا المشهور في المذهب وأنه متى مات زوجها أوطلقها فعدتها من يوم موته وطلاقه قال أبو

ولا خلاف في ذلك بحمد الله لقول الله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن)وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع حملها » ولان عدة الحرة والامة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها ولان المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الوضع وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملا بأكثر من واحد فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه في المعتدة

﴿ مسئلة ﴾ (أو بحيضة إن كانت ممن تحيض)

وقد اختلف أهل العلم في أم الولد إذا مات عنها سيدها ولم تكن حاملا فالمشهور عن أحمد أن استبراءها يحصل بحيضة روي ذلك عن ابن عمر وعثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وروي عن احمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمر بن ابن عبد العزيز والزهري والاوزاعي واسحاق لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال لاتفسدوا علينا سنة نبينا ﷺ عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر رواه أبو داود ولانها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشر كالزوجة الحرة . وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة أنها تعتد شهرين وخمسة أيام.

قال شيخنا ولم اجد هذه الرواية عن احمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن احمد وروى ذلك عن عطاء وطاوس وقتادة لانها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة أمة كما لومات رجل عن زوجته الامة فعتقت بعد موته ويروى عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري واصحاب الرأي ان عدتها ثلاث حيض لأنها حرة تستبري. فكان استبراؤها ثلاث حيض كالحرة المطلقة

ولنا انه استبراء لزوال الملك عن الرقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ولانه استبراء الغير لزوجات والموطوءات فأشبه ماذكرنا قال القاسم بن محمد سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه (والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا) ماهن بازواج واما حديث عمرو بن

بكر لاخلاف عن أبي عبدالله اعلمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق الا ما رواه اسحاق بن ابراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق وعطاء وجابر بن زيد وابن سيرين ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وسليمان بن يسار وأبي قلابة وأبي العالية والنخعي ونافع ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي عبيد وابي ثور وأصحاب الرأي وعن احمد ان قامت بذلك بينة فكما ذكرنا والا فعدتها من يوم يأتيها الخبر

العاص فضعيف قال ابن المنذر ضعف احمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص وقال محمد بن موسى سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال لا يصح وقال الميموني رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال اين سنة النبي ﷺ في هذا؟ وقال اربعة اشهر وعشر انما هي عدة الحرة من النكاح وانما هذه امة خرجت من الرق الى الحرية ويلزم من قال بهذا ان يورثها وليس لقول من قال تعتد بثلاث حيض وجه وانما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة وأما قياسهم اياها على الزوجات فلا يصح فانها ليست زوجة ولا في حكم لزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة

(فصل) ولا يكفي في الاستبراء طهر ولا بعض حيضة وهو قول أكثر أهل العلم وقال بعض اصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم انه مذهب مالك وقال الشافعي في احد قوليه يكفي طهر واحد اذا كان كاملا وهو ان يموت في حيضها فاذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الاطهار وهذا يرده قول رسول الله ﷺ «لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» وقال رويفع بن ثابت سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم خيبر «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه الاثرم وهذا صريح فلا يعول على ماخالفه ولان الواجب الذي يدل على البراءة هو الحيض لان الحامل لاتحيض فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز ان يعول في الاستبراء على مالادلالة فيه عليه دون مايدل عليه وبناؤهم قولهم هذا على ان القروء الاطهار وبناء الخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءا ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد ام الولد قرءا فخالفوا الحديث والمعنى فان قالوا ان بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة قلنا فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءا عند احد اذا تقرر هذا فمات عنها وهي طاهر فاذا طهرت من الحيضة المستقبلة حلت فان كانت حائضا لم تعتد ببقية تلك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لان استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة

﴿مسئلة﴾ (او بمضي شهر ان كانت آيسة او صغيرة وعنه بثلاثة اشهر اختارها الخرقي)

يروى عن احمد رحمه الله في ذلك ثلاث روايات (أحدها) ثلاثة اشهر وهو قول الحسن وابن سيرين والنخعي وأبي قلابة واحد قولي الشافعي وسأل عمر بن العزيز اهل المدينة والقوابل فقالوا

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ويروى عن علي والحسن وقتادة وعطاء الخراساني وخلاس بن عمرو أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لان العدة اجتناب اشياء وما اجتنبتها .

ولنا أنها لو كانت حاملا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العددولانه زمان عقيب الموت أوالطلاق فوجب أن تعتد به كما لو كان حاضراً ولان القصد غير معتبر في العدة بدليل أن الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا الا القصد

لاتستبرىء الحبلى في اقل من ثلاثة اشهر فاعجبه قولهم والثانية انها تستبرأ بشهر وهو قول ثان الشافعي لان الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والامة المطلقة فكذلك في الاستبراء وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة الامة المطلقة قال شيخنا ولم ار لذلك وجها ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلا وقال سعيد بن المسيب وعطاء والضحاك والحكم في الامة التي لاتحيض تستبرأ بشهر ونصف ورواه حنبل عن احمد انه قال . قال عطاء ان كانت لاتحيض فخمس واربعون ليلة قال عمي كذلك اذهب لان عدة الامة المطلقة الآيسة كذلك والمشهور عن احمد الاول قال احمد بن القسم قلت لابي عبد الله كيف جعلت ثلاثة اشهر مكان حيضة وانما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهراً ؟ فقال انما قلنا اشهر من أجل الحمل فانه لايبين في أقل من ذلك فان عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع اهل العلم والقوابل فاخبروا ان الحمل لايتبين في أقل من ثلاثة أشهر فاعجبه ذلك ثم قال الا تسمع قول ابن مسعود ان النطفة اربعين يوما ثم علقة اربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك قال ابو عبد الله فاذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء فاما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلا ووجه استبرائها بشهر ان الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة وكذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة اشهر مكان ثلاثة قروء وعدة الامة شهرين مكان قرأين وللامة المستبرأة التي ارتفع حيضها لاتدرى مارفعه عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب ان يكون مكان الحيضة ههنا شهراً كما في حق من ارتفع حيضها .

فان قيل فقد وجدتم ما دل على البراءة وهو تسعة أشهر قلنا وههنا مايدل على البراءة وهو الاياس فاستويا

﴿ مسئلة ﴾ ١ ومن ارتفع حيضها لاتدري مارفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة)

وفي هذه المسئلة روايتان : (إحداها) أنها تستبرأ بعشرة أشهر (والثانية) بسنة، تسعة أشهر للحمل لانه غالب عادات النساء في الحمل ، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات

وقد ذكرنا أن المختار عند احمد في الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر واختار ههنا أن جعل مكان

وسواء في هذا اجتنبت ماتجنبه المعتدات او لم تجتنبه فان الاحداد الواجب ليس بشرط في المدة فلو تركته قصداً او عن غير قصد لانقضت عدتها فان الله تعالى قال (يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وقال (فعدتهن ثلاثة أشهر) وقال (وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وفي اشتراط الاحداد مخالفة هذه النصوص فوجب الا يشترط

كتاب الرضاع

الاصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والاجماع : واما الكتاب فقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

واما السنة فما روت عائشة ان النبي ﷺ قال « ان الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه وفي لفظ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » رواه النسائي . وعن ابن عباس قال :قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة «لاتحل لي يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاعة» متفق عليه في اخبار كثيرة نذكر اكثرها ان شاء الله تعالى في تضاعيف الباب . واجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع . اذا ثبت هذا فان تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت ثبت بالتنبيه فانه اذا حرمت الاخت فالبنت اولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية

الحيضة شهراً لان اعتبار تكرارها في الآيسة لنعلم براءتها من الحمل وقدعلمت براءتها منه ههنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس . فأما ان علمت مارفع حيضها من مرض أوغيره فانها لا تزال في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبريء نفسها بحيضة إلا أن تصير آيسة فتستبريء نفسها استبراء الآيسات فان ارتابت بنفسها فهي كالحرة المستبرئة وقدذكرنا حكمها في العدد والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الرضاع

الاصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات

واما السنة فاروت عائشة ان النبي ﷺ قال «ان الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه وفي لفظ «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» رواه النسائي وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ في بنت حمزة «لاتحل لي يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهي ابنة اخي من الرضاعة » متفق عليه في اخبار كثيرة نذكر أكثرها في تضاعيف الباب ان شاء الله تعالى وأجمع علماء الامة على التحريم بالرضاع إذا ثبت ذلك فان تحريم الام والاخت ثبت بنص الكتاب وتحريم البنت بالبينة فانه إذا حرمت الاخت فالبنت أولي وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لانها فرع على التحريم إذا كان

لانها فرع على التحريم اذا كان بسبب مباح . فأما بقية أحكام النسب من النفقة والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب اقوى منه فلا يقاس عليه في جميع احكامه وانما يشبه به فيما نص عليه فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والرضاع الذي لايشك في تحريمه أن يكون خمس رضعات فصاعداً)

في هذه المسئلة مسئلتان : (احداهما) ان الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً هذا الصحيح في المذهب وروي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي. وعن احمد رواية ثانية ان قليل الرضاع وكثيره يحرم . وروي ذلك عن علي وابن عباس، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي وزعم الليث ان المسلمين اجمعوا على ان قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه السلام «يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب »

بسبب مباح وأما بقية أحكام النسب من النفقة والارث والعتق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لان النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما شبه به فيما نص عليه فيه

﴿ مسئلة ﴾ (إذا حملت المرأة من رجل ثبت نسب ولدها منه فثاب لها لبن فارضعت به طفلا صار ولداً لهما في تحريم النكاح واباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية وأولاده وان سفلوا أولاد أولادهما وصارا أبويه واباؤهما اجداده وجداته وأخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته وأخوة الرجل وأخواته اعمامه وعماته وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد أولاده وان سفلوا فيصيرون اولادا لهما)

وجملة ذلك ان المرأة إذا حملت من رجل يثبت نسب ولدها منه وثاب لها منه لبن فارضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرضع ابنا للمرضعة بغير خلاف وصار أيضاً ابنا لمن نسب الحمل اليه فصار في التحريم واباحة النظر والخلوة ولداً لهما وأولاده من البنين والبنات وأولاد أولادهما وان نزلت درجتهم وجميع أولاد المرأة المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي نسب الحمل اليه من المرضعة وغيرها اخوة المرتضع واخوانه واولاد أولادهما أولاد اخوته وأخواته وان نزلت درجتهم وام المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها أخواله واخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمه جدته واخوته اعمامه وأخواته عماته وجميع اقاربهما ينسبون إلى المرتضع كما ينسبون إلى ولدهما من النسب لان اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى

وعن عقبة بن الحارث انه تزوج ام يحي بنت ابى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « كيف وقد زعمت ان قد أرضعتكما؟ » متفق عليه ، ولان ذلك فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لانه قول

(والرواية الثالثة) لا يثبت التحريم الا بثلاث رضعات وبه قال ابو ثور وابو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي ﷺ « لا تحرم المصة ولا المصتان » وعن ام الفضل بنت الحارث قالت : قال نبي الله ﷺ « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » رواها مسلم ، ولان مايعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث . وروي عن حفصة لا يحرم دون عشر رضعات ، وروي ذلك عن عائشة لان عروة روى في حديث سهلة بنت سهيل فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا « أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها » وجه الاولى ماروي عن عائشة انها قالت أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى رسول الله ﷺ والامر على ذلك رواه مسلم . وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل أرضعي سالما خمس رضعات فيحرم بلبنها والآية فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ماروبناه يخص مفهوم مارووه فنجمع بين الاخبار ونحملها على الصريح الذي رويناه

اقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل وفي التحريم به اختلاف ذكر في باب المحرمات في النكاح ، والحجة فيه ما روت عائشة ان افلح اخا أبي القعيس استاذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استاذن رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني المرأة فقال « ائذني له فانه عمك تربت يمينك » قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول « حرموا من الرضاع ماتحرموا من النسب » متفق عليه وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فارضعت إحداهما جارية والاخرى غلاما هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال لا اللقاح واحد . قال مالك اختلف قديما في الرضاعة من قبل الاب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم ففارقوا ازواجهم ، فاما الولد المرتضع فان الحرمة تنتشر اليه وإلى اولاده وان نزلوا

«مسئلة» (ولا ينتشر إلى من في درجته من أخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آبائه وامهاته واعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على أبي المرتضع ولا أخيه ، ولا تحرم ام المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه فيجوز للمرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع وأخيه وعمه وخاله ، ولا يحرم على زوج المرضعة نكاح ام الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته ، ولا بأس ان يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها اخوة الطفل المرتضع واخواته) .

(فصل) واذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرم هل كملا أو لا لم يثبت التحريم لان الاصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك كما لو شك في وجود الطلاق وعدده

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أن تكون الرضعات متفرقات وبهذا قال الشافعي، والمرجع في معرفة الرضعة الى العرف لان الشرع ورد بها مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل ذلك على أنه ردهم الى العرف فاذا ارتضع الصبي وقطع قطعا بينا باختياره كان ذلك رضعة فاذا عاد كانت رضعة أخرى فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي الى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة نظرنا فان لم يعد قريبا فهي رضعة ، وان عاد في الحال ففيه وجهان

(أحدهما) أن الاول رضعة فاذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فانه قال أما ترى الصبي يرتضع من الثدي فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح فاذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كما لو قطع باختياره (والوجه الآخر) أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي الا فيما اذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان لانه لو حلف لا أكلت اليوم الا أكلة واحدة فاستدام الاكل زمنا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون الى لون او انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد الا أكلة واحدة فكذا ههنا والاول أصح لان اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا

قال أحمد لا بأس ان يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وانما الرضاع بين الجارية وأخيه

﴿مسئلة﴾ (وان ارضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولداً لها وحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع في حقه في قول الخرقي وقال أبو بكر تثبت)

قال أبو الخطاب وكذلك الولد المنفي باللعان الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ان من شرط ثبوت الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه ان يكون لبن حمل ينسب إلى الواطيء كالوطء في نكاح أو وطء بملك يمين أو شبهة ، فاما لبن الزاني والولد المنفي باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وقال أبو بكر عبد العزيز ينشر الحرمة بينهما لانه معنى ينشر الحرمة فاستوى فيه مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه ان الوطء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن، ولانه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فينشرها إلى الواطيء كصورة الاجماع ، ووجه القول الاول ان التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت ماهو فرع لها، ويفارق تحريم ابنته من الزنا لانها من نطفته حقيقة بخلاف مسئلته، ويفارق تحريم المصاهرة فان التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم ام زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»

﴿ مسئلة ﴾ قال (والسعوط كالرضاع وكذلك الوجور)

معنى السعوط أن يصب اللبن في أنفه من اناء أو غيره والوجور أن يصب في حلقه صباً من غير الثدي ، واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور

(والثانية) لايثبت بهما التحريم وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط لان هذا ليس برضاع وانما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولانه حصل من غير ارتضاع فأشبه مالو دخل من جرح في بدنه

ولنا ماروى ابن مسعود عن النبي ﷺ « لارضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ولان هذا يصل به اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وانشاز العظم مايحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه في التحريم ، والانف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم

(فصل) وانما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فانه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فان ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو جور أو استعط أو أوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لانا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في اكمال العدد ولو حلبت في اناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فانه لو أكل من

وقال أبو الخطاب في الولد المنفي باللعان انه في تحريم الرضاع على الملاعن كتحريم ولد الزنا على الزاني، قال شيخنا ويحتمل ان لايثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال لانه ليس بولده حقيقة ولاحكما، فاما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها واقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاعة باللبن المباح ؛وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لانها ربيبته فانها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك تحريم بناتها وبنات المرضع من العلماء كذلك

(مسئلة) (وان وطيء رجلان امرأة بشبهة فاتت بولد فارضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت بالقافة أو بغيرها)

لان تحريم الرضاع فرع على ثبوت النسب وان الحق بهما كان المرتضع ابنا لهما لان المرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وان لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما وإذا لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم أو نحو ذلك حرم عليهما تغليبا للحظر فانه يحتمل ان يكون منهما ويحتمل ان يكون ابن أحدهما فيحرم عليه اقاربه دون اقارب

طعام خمس أكلات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات ، وان حلبت في اناء حلبات في خمسة أوقات ثم سقيه دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في اناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة . وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ماقلنا اعتباراً بخروجه منها لان الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه

ولنا ان الاعتبار بشرب الصبي له لانه المحرم ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل الى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به وما وجد منه الا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة ، وان سقته في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات ، فأما ان سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقي انه رضعة واحدة لاعتباره خمس رضعات متفرقات ولان المرجع في الرضعة الى العرف وهم لايعدون هذا رضعات فأشبه مالو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة فانه لايعد أكلات ، ويحتمل ان يخرج على ماإذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ماقدمنا

(فصل) وان عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لايحرم به لزوال الاسم وكذلك على الرواية التي تقول لايثبت التحريم بالوجور لايثبت ههنا بطريق الاولى . ولنا انه واصل من الحلق يحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه .

الآخر فقد اختلطت اخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم اخته بعينها ثم اختلطت باجنبيات ، وان انتفى عنهما جميعاً بان تأتي به لدون ستة اشهر من وطئهما أو لاكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً ، فان كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة وتحرم أولادها عليهما أيضاً لأنها ابنة موطوءتهما فهي ابنة لهما

﴿مسئلة﴾ (وان ثاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في ابن البكر وعنه ينشرها ذكرها ابن ابي موسى)

قال شيخنا والظاهر أنه قول ابن حامد ومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (وامهاتكم اللاتي ارضعنكم) ولانه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ولان ألبان النساء خلقت لغذاء الاطفال وان كان هذا نادراً فجنسه معتاد (والرواية الثانية) لاينشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فاشبه لبن الرجال والاول أصح

﴿مسئلة﴾ (ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة وقال ابن حامد يوقف أمر الخنثى حتى يتبين امره)

وجملة ذلك أن ابنين لو ارتضعا من بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي

(فصل) فأما الحقنة فقال ابو الخطاب المنصوص عن احمد أنها لا تحرم وهو مذهب ابي حنيفة ومالك ، وقال ابن حامد وابن ابي موسى تحرم وهذا مذهب الشافعي لانه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع

ولنا ان هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في احليله ، ولانه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجز اثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم فانه لا يعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم وهذا لا يحرم فيه الا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ، ولانه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه مالو وصل من جرح

﴿ مسئلة ﴾ قال (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب المختلط بغيره والمحض الخالص الذي لا يخالطه سواه ، وسوى الخرقي بينهما سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره وبهذا قال الشافعي،وقال ابو بكر قياس قول احمد أنه لا يحرم لانه وجور وحكي عن ابن حامد قال : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لان الحكم للاغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ونحو هذا قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع. ووجه الاول أن اللبن

وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي وكذلك لو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لانه لبن آدمي أشبه لبن المرأة ، وحكي عن بعض السلف أنهما اذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس ذلك صحيحا لان هذا لا يتعلق به تحريم الامومة فلا يثبت به تحريم الاخوة لان الاخوة فرع على الامومة،وكذلك لا يتعلق به تحريم الابوة ولان هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود الآدمي فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام،فان ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لانه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك ، وقال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف أمر الخنثى،فعلى هذا يثبت التحريم الى أن يتيقن كونه رجلا لانه لا يأمن كونه محرما

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ولا تثبت الحرمة بالرضاع الا بشرطين)

(أحدهما) أن يرتضع في الحولين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت هذا قول أكثر أهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة واليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك ، وروي عنه إن زاد شهراً جاز ، وروي شهران وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله سبحانه (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في الفصال ، وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة رضي الله عنها

متى كان طاهراً فقد حصل شربه ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما اذا كانت صفات اللبن باقية، فأما ان صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لان هذا ليس بلبن مشوب ولا يحصل به التغذي ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم. وحكي عن القاضي ان التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لان أجزاء اللبن حصلت في بطنه فأشبه مالو كان لونه ظاهراً.

ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب ان لايثبت حكمه فيه

(فصل) وان حلب من نسوة وسقيه الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك اذا شيب بلبن آخر

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويحرم لبن الميتة كما يحرم لبن الحية لان اللبن لا يموت)

المنصوص عن احمد في رواية ابراهيم الحربي انه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وهو قول أبي ثور والاوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه احمد في رواية مهنا وهو مذهب الشافعي لانه لبن ممن ليس بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل

ولنا انه وجد الارتضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كما لو

ترى رضاعة الكبير تحرم ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت: يا رسول الله انا كنا نرى سالما ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لها النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ: تأمر بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وان كان كبيرا، وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج رسول الله ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحدا من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة والله ما ندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس رواه النسائي وأبو داود وغيرهما

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاعة حولين كاملين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما، وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي ﷺ فقالت يا رسول الله انه أخي من الرضاع فقال رسول الله ﷺ «انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ «لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء وكان قبل الفطام» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب والسنة وقول الصحابة

كانت حية ، ولأنه لافارق بين شربه في حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لاأثر له فان اللبن لايموت والنجاسة لاتمنع كما لو حلب في وعاء نجس ، ولانه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لايمنع ثبوت الحرمة لان ثديها لايزيد على الاناء في عدم الحياة وهي لاتزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة

(فصل) ولو حلبت المرأة لبنها في اناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما وبه قال أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وذلك لانه لبن امرأة في حياتها فأشبه مالو شربه وهي في الحياة

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا حبلت ممن يلحق نسب ولدها به فثاب لها لبن فأرضعت به طفلا خمس رضعات متفرقات في حولين حرمت عليه وبناتها من أبي هذا الحمل ومن غيره وبنات ابي هذا الحمل منها ومن غيرها، وان أرضعت صبية فقد صارت ابنة لها ولزوجها لان اللبن من الحمل الذي هو منه)

وجملة ذلك ان المرأة اذا حملت من رجل وثاب لها لبن فأرضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرتضع ابناً للمرضعة بغير خلاف . وصار أيضاً ابنا لمن ينسب الحمل اليه فصار في التحريم

فقد روينا عن ابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن وبه استدل على أن أقل الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (وفصاله في عامين) فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية . اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما حصل التحريم ولو لم يفطم حتى يجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم يحرم لقوله عليه الصلاة والسلام « وكان قبل الفطام »

ولنا قوله سبحانه (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وروي عنه عليه الصلاة والسلام « لا رضاع الا ماكان في الحولين » والفطام معتبر بمدته لا بنفسه

﴿ مسألة ﴾ (فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت التحريم وقال أبو الخطاب اذا ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم وقال القاضي لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم)

ولا يصح هذا لان ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكمه باتصال ما لا اثر له به

﴿ الثاني ﴾ (أن يرتضع خمس رضعات وعنه ثلاث يحرمن وعنه واحدة) الصحيح من المذهب أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدا روي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير وعطاء وطاوس وهو قول الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية ان قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروي ذلك عن

واباحة الخلوة ابناً لهما وأولاده من البنين والبنات أولاد أولادهما وان نزلت درجتهم وجميع أولاد المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع اولاد الرجل الذي انتسب الحمل اليه من المرضعه ومن غيرها اخوة المرتضع واخواته وأولاد أولادها اولاد اخوته وأخواته وان نزلت درجتهم . وأم المرضعة جدته وأبوها جده وأخوتها اخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده، وأمه جدته واخوته أعمامه، وأخواته عماته وجميع اقاربهما ينتسبون الى المرتضع كما ينتسبون الى ولدهما من النسب، لان اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر التحريم اليهما ونشر الحرمة الى الرجل والى اقاربه وهو الذي يسمى لبن الفحل، وفي التحريم به اختلاف ذكرناه في باب مايحرم نكاحه . والجمع بينه والحجة القاطعة فيه ماروت عائشة ان أفاح اخا ابي القعيس استأذن علي بعد ماأنزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ فان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني ولكن أرضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله ان الرجل ليس هو أرضعني ولكن ارضعتني امرأته قال «ائذني له فانه عمك تربت يمينك» قال عروة فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول حرموا من الرضاع مايحرم من النسب . متفق عليه

وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت احداهما جارية والاخرى غلاما هل يتزوج الغلام بالجارية ؟ فقال لا ، اللقاح واحد . قال مالك اختلف قديماً في الرضاعة من قبل الاب ونزل

علي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول والزهري وقتادة والحكم وحماد ومالك والاوزاعي والثوري والليث وأصحاب الرأي وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم ، واحتجوا بقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وقوله عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وعن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما؟ » متفق عليه ولانه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لانه قول (والرواية الثالثة) لا يحرم الا ثلاث رضعات وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وداود وابن المنذر لقول النبي ﷺ « لا تحرم المصة ولا المصتان » وعن أم الفضل بنت الحارث قالت قال نبي الله ﷺ «لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان» رواهما مسلم ولان ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث ، وروي عن حفصة لا يحرم دون عشر رضعات وروي ذلك عن عائشة لان عروة روى في حديث سهلة فقال لها رسول الله ﷺ فيما بلغنا « أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها »

ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخ من ذلك خمس وصار الى خمس رضعات معلومات يحرمن فتوفى رسول الله ﷺ والامر

برجال من اهل المدينة في ازواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا في ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم . فأما المرتضع فان الحرمة تنتشر اليه والى اولاده وان نزلوا ولا تنتشر الى من في درجته من اخوته وأخواته ولا إلى اعلى منه كأبيه وأمه وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته وأجداده وجداته فلا يحرم على المرضعة نكاح ابي الطفل المرتضع ولا اخيه ولا عمه ولا خاله ولا يحرم على زوجها نكاح ام الطفل المرتضع ولا اخته ولا عمته ولا خالته . ولا بأس ان يتزوج اولاد المرضعة وأولاد زوجها اخوة الطفل المرتضع وأخواته . قال احمد لا بأس أن يتزوج الرجل اخت اخته من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وانما الرضاع بين الجارية وأخته

اذا ثبت هذا فان من شرط تحريم الرضاع أن يكون في الحولين . وهذا قول اكثر اهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وأزواج النبي ﷺ سوى عائشة ، واليه ذهب الشعبي وابن شبرمة والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ورواية عن مالك وروي عنه ان زاد شهراً جاز وروي شهران

وقال أبو حنيفة يحرم الرضاع في ثلاثين شهراً لقوله سبحانه (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ولم يرد بالحمل حمل الاحشاء لانه يكون سنتين فعلم انه اراد الحمل في الفصال. وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم ويروى هذا عن عطاء والليث وداود

على ذلك رواه مسلم ، وروى مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل « ارضعي سالما خمس رضعات » فتحرم بلبنها ولأنها فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فيجمع بين الاخبار بحملها على الصريح الذي رويناه

(مسئلة) (ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة فان عاد فأخذه فهي رضعة أخرى بعد ما بينهما أو قرب)

يشترط أن تكون الرضعات متفرقات ، وبه قال الشافعي والمرجع في معرفة الرضعة الى العرف لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على أنه ردهم إلى العرف فاذا ارتضع الصبي وقطع قطعا بينا باختياره كان ذلك رضعة فاذا عاد كانت رضعة أخرى فاما ان قطع لضيق نفس أو الانتقال من ثدي الى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة فان لم يعد قريبا فهي رضعة فان عاد في الحال ففيه وجهان (أحدهما) أن الاول رضعة فاذا عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فانه قال اما ترى الصبي يرضع من الثدي فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس ويستريح ؟ فاذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لان الاولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كما لو قطع باختياره .

لما روي أن سهلة بنت سهيل قالت يارسول الله انا كنا نرى سالما ولداً فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا ، وقد أنزل الله فيهم ماقد علمت فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي ﷺ « أرضعيه » فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ تأمر بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها وان كان كبيراً خمس رضعات وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبي ﷺ أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة: والله ماندري لعلها رخصة من النبي ﷺ لسالم دون الناس ؟ رواه النسائي وأبو داود وغيرهما

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لاحكم لها بعدهما ، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي ﷺ فقالت يارسول الله انه أخي من الرضاعة فقال رسول الله ﷺ « انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت قال رسول الله ﷺ « لايحرم من الرضاع الا مافتق الامعاء وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر أزواج النبي ﷺ وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة فقد روينا عن علي وابن

(والوجه الآخر) أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي الا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان لانه لو حلف لا اكلت اليوم الا أكلة واحدة فاستدام الاكل زمنا أو قطع لشرب ماء أو انتقال من لون الى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعام لم يعد الا اكلة واحدة فكذا ههنا والاولى أولى لان اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا ، وقال ابن حامد إن قطع لعارض وعاد في الحال فهي رضعة وان تباعدا وانتقل من امرأة الى أخرى فهما رضعتان كما ذكرنا في الاكل

(مسئلة) (والسعوط والوجور كالرضاع في إحدى الروايتين)

السعوط أن يصب في أنفه اللبن من إناء أو غيره فيدخل حلقه والوجور أن يصب في حلقه من غير الثدي)

واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بهما كما يثبت بالرضاع ، وهو قول الشعبي والثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور (والثانية) لايثبت التحريم بهما وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود وعطاء الخراساني في السعوط لان هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولانه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو حصل من جرح في بدنه

ولنا ما روي ابن مسعود عن النبي ﷺ « لارضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ولان هذا يصل اليه اللبن كما يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل بالرضاع فيجب أن يساويه في التحريم والانف سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم

عباس أن المراد بالحمل حمل البطن وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى (وفصاله في عامين) فلو حمل على ماقاله ابو حنيفة لكان مخالفاً لهذه الآية اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم ، وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله عليه السلام «وكان قبل الفطام»

ولنا قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وروي عنه عليه السلام «لارضاع الا ما كان في الحولين» والفطام معتبر بمدته لا بنفسه قال ابو الخطاب لو ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم ، وقال القاضي لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم ولا يصح هذا لان ماوجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكم بايصال مالا أثر له به ، واشترط الخرقي نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه: أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطىء اما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين أو شبهة، فأما لبن الزاني او النافي للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقي وهو قول أبي عبدالله بن حامد ومذهب الشافعي ، وقال ابو بكر عبدالعزيز تنتشر الحرمة بينهما لانه معنى ينشر الحرمة فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره كالوطء يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان

(فصل) وإنما يحرم من ذلك كالذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فانه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه، فان ارتضع دون الخمس وكمل الخمس بسعوط ووجور أو اسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لانا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في اكمال العدد ولو حلب في اناء لبنا دفعة واحدة ثم سقى الغلام في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فانه لو أكل من طعام خمس دفعات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات وان حلب في إناء خمس حلبات في خمسة أوقات ثم سقي دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة ، وحكي عن الشافعي في الصورتين عكس ما قلناه اعتبار أبخروجه من المرأة لان الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه

ولنا أن الاعتبار بشرب الصبي له لانه المحرم ولهذا يثبت التحريم به من غير رضاع ، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة وان سقاه في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات فاما ان سقاه اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة ، فظاهر قول الخرقي أنه رضعة واحدة لان المعتبر في الرضعة العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبه ما لو أكل الطعام لقمة بعد لقمة فانه لا يعد أكلات ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ماقدمناه

الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن ولانه رضاع ينشر الحرمة الى المرضعة فنشرها الى الواطىء كصورة الاجماع ، ووجه القول الاول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الابوة فلما لم تثبت حرمة الابوة لم يثبت ماهو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا لانها من نطفته حقيقة بخلاف مسئلتنا ويفارق تحريم المصاهرة فان التحريم ثم لايقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه السلام « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» فاما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاع باللبن المباح وان كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضاً لانها ربيبته فانها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك يحرم بناتها وبنات المرتضع من الغلمان لذلك

(فصل) واذا وطيء رجلان امرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن ثبت نسب المولود منه سواء ثبت نسبه منه بالقافة أو بغيرها وان ألحقته القافة بهما صار المرتضع ابناً لهما فالمرتضع في كل موضع تبع للمناسب فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وان انتفى المناسب عن أحدهما فالمرتضع مثله لانه بابنه ارتضع وحرمته فرع على حرمته وان لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهم ونحو ذلك حرم عليهما تغايباً للحظر لانه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون

(فصل) فان عمل اللبن جبناً ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يحرم به لزوال الاسم ، وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت ههنا بطريق الأولى .

ولنا أنه واصل من الحلق يحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحصل به التحريم كما لو شربه

﴿ مسئلة ﴾ (ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرقي وقال أبو بكر لا يثبت التحريم بهما)

المنصوص عن أحمد في رواية ابراهيم الحربي في لبن الميتة أنه ينشر الحرمة ، وهو اختيار أبي بكر وقول أبي ثور والأوزاعي وابن القاسم وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو بكر الخلال لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية مهنأ ، وهو مذهب الشافعي لانه لبن من ليس هو بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل

ولنا أنه وجد الرضاع على وجه ينبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كحال الحياة ولانه لافارق بين شربه في حياتها وموتها الا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له فان اللبن لايموت والنجاسة لا تؤثر كما لو حلب في إناء نجس ولانه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لان ثديها لا يزيد على الاناء في عدم الحياة وهي لاتزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة

أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر وقد اختلطت أخته بغيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت باجنبيات وان انتفى عنهما جميعاً بان تأتي به لدون ستة أشهر من وطئهما أو لاكثر من أربع سنين اولدون ستة أشهر من وطء أحدهما أو لاكثر من اربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضاً فان كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة ويحرم أولادها عليهما أيضاً لانها ابنة موطوءتهما فهي ربيبة لهما

(فصل) ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية بحال فلو ارتضع اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل العلم منهم الشافعي وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي ولو ارتضعا من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنتشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم وقال الكرابيسي يتعلق به التحريم لانه لبن آدمي أشبه لبن الآدمية وحكي عن بعض السلف أنهما اذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس بصحيح لان هذا لا يتعلق به تحريم الامومة فلا يثبت به تحريم الاخوة لان الاخوة فرع على الامومة وكذلك لا يتعلق به تحريم الابوة لذلك ولان هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فان ثاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم لانه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك وقال ابن حامد يقف الامر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى قوله يثبت التحريم الا أن يتبين كونه رجلا لانه لا يأمن كونه محرما

(فصل) ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ثم ماتت فشرب به صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما ، وبه قال أبو ثور والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لانه لبن امرأة حلب في حياتها فأشبه مالو شربه وهي في الحياة .

﴿ مسألة ﴾ (ويحرم اللبن المشوب)

ذكره الخرقي والمشوب المختلط بغيره وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره في قول الخرقي وبه قال الشافعي وقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه لا يحرم لانه وجور وقال ابن حامد إن غلب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور والمزني لان الحكم للاغلب ولانه يزول بذلك الاسم والمعنى، ونحوه قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا ان كانت النار مست اللبن حتى انضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ووجه الاول أن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ويحصل به انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية فأما ان صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت به التحريم لان هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذي ولا انبات اللحم وانشاز العظم، وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لان أجزاء اللبن حصلت في بطنه أشبه مالو كان لونه ظاهراً ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه

(فصل) فان حلب من نسوة وسقي الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لانه لو شيب

(فصل) وان ثاب لامرأة لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة في أظهر الروايتين وهو قول ابن حامد ومذهب مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وكل من يحفظ عنه ابن المنذر لقول الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) ولانه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو ثاب بوطء ولان البان النساء خلقت لغذاء الاطفال فان كان هذا نادرا فجنسه معتاد

(والرواية الثانية) لاتنشر الحرمة لانه نادر لم تجر العادة به لتغذية الاطفال فأشبه لبن الرجال والاول أصح.

(فصل) اذا كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم يصرن أمهات له وصار المولى أباً له، وهذا قول ابن حامد لانه ارتضع من لبنه خمس رضعات وفيه وجه آخر لاتثبت الابوة لانه رضاع لم يثبت الامومة فلم يثبت الابوة كالارتضاع بلبن الرجل والاول أصح فان الابوة انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين واذا قلنا بثبوت الابوة حرمت عليه المرضعات لانه ربيبهن وهن موطوءات أبيه وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين [أحدهما] يصير جداً وأخوهن خالا لانه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته أو اخواته فأشبه ما لو كان من واحدة

بماء أو عسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرماً فكذلك إذا شيب بلبن آخر

(مسئلة) (والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه وقال ابن حامد ينشرها)

المنصوص عن أحمد ان الحقنه لاتحرم قاله ابو الخطاب وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وقال ابن حامد وابن أبي موسى يحرم وهو مذهب الشافعي لانه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذي فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في احليله ولانه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجز اثبات حكمه ويفارق فطر الصائم فانه لا يعتبر فيه اثبات اللحم ولا انشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما انبت اللحم وانشز العظم ولانه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه مالو وصل من جرح.

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا تزوج كبيرة لم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة احداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغيرة وعنه ينفسخ نكاحها)، إذا تزوج كبيرة وصغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبه قال الثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الاوزاعي نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة ولا يصح ذلك فان الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم ابدا

والآخر لايثبت ذلك لان كونه جدا فرع كون ابنته اما وكونه خالا فرع كون أخته أما ولم يثبت ذلك فلا يثبت الفرع وهذا الوجه يترجح في هذه المسئلة لان الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها . فان قلنا : يصير أخوهن خالا لم تثبت الخئولة في حق واحدة منهن لأنه لم يرتضع من لبن اخواتها خمس رضعات ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من اللبن المحرم خمس رضعات . ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين

(فصل) اذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت اماً له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ، ولم يصر واحد من الزوجين اباً له لانه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو طلق زوجته ثلاثا وهي ترضع من لبن ولده فتزوجت بصبي مرضع فأرضعته فحرمت عليه ثم تزوجت بآخر ودخل بها ووطئها ثم طلقها أو مات عنها لم يجز أن تزوجها الاول لانها صارت من حلائل الابناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به)

هذه المسئلة من فروع المسئلة التي قبلها وهو أن المرتضع يصير ابناً للرجل الذي ثاب اللبن

لقول الله سبحانه (وأمهات نسائكم) ولم يشترط دخوله بها فأما الصغيرة ففيها روايتان

(إحداهما) نكاحها ثابت لأنها ربيبة ولم يدخل بامها فلا تحرم لقول الله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)

(والرواية الثانية) ينفسخ نكاحها ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانها صارتا إماً وبنتا واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحها كما لو صارتا اختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً

ولنا أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لان نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحها به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ولان الجمع طرأ على نكاح الام والبنت فاختص الفسخ بنكاح الام كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها وفارق الاختين لانه ليست احداهما أولى بالفسخ من الاخرى وفارق مالو ابتدأ العقد عليهما لان الدوام أقوى من الابتداء

﴿ مسئلة ﴾ (وان أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الاولى ويثبت نكاح الثانية)

أما انفساخ نكاح الصغيرتين فلانهما صارتا اختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو

بوطئه فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ثم ارضعته بلبن مطلقها صار ابناً لمطلقها فحرمت عليه لانها امه وبانت منه وكانت زوجة له فصارت زوجة لابن مطلقها فحرمت على الاول على التأبيد لكونها صارت من حلائل أبنائه ولو تزوجت امرأة صبياً فوجدت به عيباً ففسخت نكاحه ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي خمس رضعات حرمت على زوجها لانها صارت من حلائل أبنائه. ولو زوج الرجل ام ولده او امته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لانها صارت من حلائل أبنائه فان كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع لم يصح نكاحه لان من شرط جواز نكاح الحر الامة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فان زوج بها كان النكاح فاسداً وان ارضعته لم تحرم على سيدها لانه ليس بزوج في الحقيقة

(فصل) واذا طلق الرجل زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال (احدها) ان يبقى لبن الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للاول سواء حملت من الثاني او لم تحمل لا نعلم فيه خلافا لان اللبن كان للاول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للاول (الثاني) أن لا تحمل من الثاني فهو للاول سواء زاد او لم يزد او انقطع ثم عاد او لم ينقطع (الثالث) أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من احفظ عنه وهو قول ابي حنيفة والشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع او اتصل لان لبن الاول ينقطع بالولادة من الثاني فان حاجة المولود الى

أرضعتهما معاً، وهذا على الرواية الاولى التي تقول ينفسخ نكاح الكبيرة وحدها فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فانه يثبت نكاح الاخيرة من الصغيرتين لان الكبيرة لما أرضعت الصغيرة أولا انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الاخرى فلم تجتمع معها في النكاح فلم ينفسخ نكاحها

(فصل) إذا أرضعت الصغيرة أجنبية انفسخ نكاحهما أيضاً، وهذا قول أبي حنيفة والمزني وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر ينفسخ نكاح الأخيرة وحدها لان سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه مالو تزوج إحدى الاختين بعد الآخرى

ولنا أنه جمع بين الاختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معا وفارق مالو عقد على واحدة بعد أخرى فان عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بانه لم يصح لحصلتا معاً في نكاحه وهما أختان لا محالة

(مسئلة) (وان أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الاولتين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الاولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع لانها صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الثالثة لان رضاعها بعد انفساخ نكاح الكبيرة والصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف اخوتها جمعاً في النكاح)

(مسئلة) (وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعدها معاً بأن تلقم كل واحدة منهما ثدياً فيمتصان معاً أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيهما معاً انفسخ نكاح الجميع لانهن صرن أخوات في نكاحه)

اللبن تمنع كونه لغيره (الحال الرابع) أن يكون ابن الاول باقياً وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما جميعاً في قول اصحابنا وقال أبو حنيفة هو للأول مالم تلد من الثاني

وقال الشافعي ان لم ينته الحمل الى حال ينزل منه اللبن فهو للاول فان بلغ الى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان احدهما هو للاول والثاني هو لهما

ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في انها منه وبقاء لبن الاول يقتضي كون اصله منه فيجب ان يضاف اليهما كما لو كان الولد منهما (الحال الخامس) انقطع من الاول ثم ثاب بالحمل من الثاني فقال ابو بكر هو منهما وهو احد اقوال الشافعي اذا انتهى الحمل الى حال ينزل به اللبن وذلك لان للبن كان للاول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر ان لبن الاول ثاب بسبب الحمل الثاني فكان مضافاً اليهما كما لو لم ينقطع . واختار ابو الخطاب انه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الاول . وقال ابو حنيفة هو للاول مالم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لان الحمل لا يقتضي اللبن وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه والكلام عليه قد سبق

لانها اذا أرضعت إحداهن منفردة لم ينفسخ نكاحها لانها منفردة ثم إذا أرضعت اثنتين بعد ذلك مجتمعات انفسخ نكاح الجميع لأنهن أخوات في النكاح ، هذا على الرواية الاولى ، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الام والاولى بالاجماع ثم ينفسخ نكاح الاثنتين لكونهما صارتا أختين معاً .

(مسئلة) (وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر)

لان تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأبيد فانهن ربائب لم يدخل بأمهن وإن كان دخل بالام حرم الكل عليه على الابد لانهن ربائب مدخول بامهن .

(مسئلة) (وكل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وأخته وجدته وربيبته اذا أرضعت طفلة حرمتها عليه) لانها تصير ابنتها وكل رجل تحرم ابنته كأخيه وابنه وأبيه اذا أرضعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها لانها صارت ابنة من تحرم ابنته عليه ، وان أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لانها صارت ربيبة زوجها ، وان أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه ، ولو تزوج بنت عمه فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار عم زوجته وان أرضعت الزوجة صارت عمته وان أرضعتهما جميعاً صار عمها وصارت عمته .

وان تزوج بنت عمته فأرضعت جدتها أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار خالها وان أرضعت الزوجة صارت عمته . وان تزوج بنت خاله فارضعت جدتها الزوج صار عم زوجته

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ولم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين حرمت عليه الكبيرة وثبت نكاح الصغيرة ، وان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة)

نص احمد على هذا كله ، في هذه المسئلة فصول اربعة :

(الاول) انه متى تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأبيد وبهذا قال الثوري والشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الاوزاعي نكاح الكبيرة ثابت وتنزع منه الصغيرة وليس بصحيح فان الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبداً لقول الله سبحانه (وأمهات نسائكم) ولم يشترط دخوله بها ، فأما الصغيرة ففيها روايتان

(احداهما) نكاحها ثابت لانها ربيبة ولم تدخل بأمها فلا تحرم لقول الله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)

(والرواية الثانية) ينفسخ نكاحها وهو قول الشافعي وأبي حنيفة لانهما صارتا أما وبنتاً واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً

وان أرضعتها صارت خالته ، وان تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته وان أرضعتها صارت خالة زوجها

(فصل) وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فان الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي يلزمه لها لانه قرره عليه بعد أن كان بعرض السقوط وفرق بينه وبين زوجته فلزمه ذلك كشهود الطلاق اذا رجعوا وانما لزمه نصف مهر الصغيرة لان نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ اذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان أفسدت نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها)

لان فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً ، فعلى هذا اذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاح الصغرى فعلى الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى لما ذكرنا ، وبهذا قال الشافعي وحكي عن بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لانها أتلفت البضع فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي ان كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق والا فلا يرجع بشيء وقال مالك لا يرجع بشيء

ولنا على أنه يرجع عليها بالنصف انها قررته عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع .

ولنا أنه أمكن ازالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لان نكاحها محرم على التأبيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبية ، ولان الجمع طرأ على نكاح الام والبنت فاختص الفسخ بنكاح الام كما لو أسلم وتحته امرأة وبنتها، وفارق الاختين لأنه ليست احداهما أولى بالفسخ من الاخرى ، وفارق مالو ابتدأ العقد عليهما لان الدوام أقوى من الابتداء

(الفصل الثاني) انه ان كان دخل بالكبيرة حرمتا جميعاً على الابد وانفسخ نكاحهما لان الكبيرة صارت من أمهات النساء والصغيرة ربيبة قد دخل بأمها فتحرم تحريماً مؤبداً ، وان كان الرضاع بلبنه صارت الصغيرة بنتاً محرمة عليه لوجهين لكونها بنته وربيبته التي دخل بأمها

(الفصل الثالث) أن عليه نصف مهر الصغيرة لان نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ اذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه ولا مهر للكبيرة ان لم يكن دخل بها لان فسخ نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا، وان كان دخل بالكبيرة لم يسقط مهرها لانه استقر بدخوله بها استقراراً لا يسقطه شيء ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها

(الفصل الرابع) انه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن بعض أصحابه انه يرجع بجميع صداقها لانها أتلفت البضع فوجب ضمانه ، وقال أصحاب الرأي

ولنا على أبي حنيفة أن ماضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ولانها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فأشبه مالو قصدت الافساد .

ولنا على أن الزوج انما يرجع بالنصف انه لم يغرم إلا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولانه بالفسخ رجع اليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ، ولان خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته .

(فصل) والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لانه انما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لانه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الاعيان

ولنا ان خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له بدليل مالو قتلت نفسها او ارتدت او ارضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعه فانها لاتغرم له شيئاً وانما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره ولانه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بالنصف ولان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذلك ههنا

(مسئلة) وان افسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها ويجب على زوجها وان افسده

ان كانت المرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق والا فلا يرجع بشيء ، وقال مالك لايرجع بشيء

ولنا على انه يرجع عليها بالنصف أنها قررته عليه وألزمته اياه وأتلفت عليه مافي مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع

ولنا على أبي حنيفة ان ماضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ، ولانها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فلزمها ضمانه كما لو قصدت الافساد

ولنا على أن الزوج انما يرجع بالنصف أن الزوج لم يغرم الا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولانه بالفسخ يرجع اليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ماأخذ بدله مرة أخرى، ولان خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له وانما ضمنت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته

(فصل) والواجب نصف المسمى لانصف مهر المثل لانه انما يرجع بما غرم والذي غرم نصف مافرض لها فرجع به وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لانه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ماملكه به كسائر الاعيان

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج لاقيمة له بدليل مالو قتلت نفسها أو ارتدت او أرضعت من ينفسخ نكاحها بارضاعه فانها لاتغرم له شيئاً وانما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره ، ولانه

غيرها وجب مهرها ولم يرجع به على احد ونص احمد على انه يرجع بالمهر كله)

قال القاضي وهومذهب الشافعي لان المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها ، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله انه لايرجع على من أفسده بعد الدخول بشيء لانه لم يقرر على الزوج شيئاً ولم يلزمه اياه فلم يرجع عليه بشيء كما لو افسدت المرأة نكاح نفسها ولانه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كما قبل الدخول ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضى وكذلك لايجب مهر المثل وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لانها قررته عليه وكذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها قبل الدخول ولم يوجد ذلك ههنا وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ولانه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل اما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه : لايجوز أن يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها او بقتلها، ولكان الواجب لها مهر مثلها ولا يجوز ان يجب لها بدل ماأداه اليها لذلك ولانها ما أوجبته ولا لها اثر في ايجابه ولا تقريره

(مسئلة) (وان افسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها)

لو رجع بقيمة المتاف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بنصفه لان التاف لم يختص بالنصف ولان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذا ههنا

(فصل) وكل امرأة تحرم بنتها اذا أرضعت زوجته الصغيرة أفسدت نكاحه وحرمتها عليه ولزمها نصف الصداق، فان أرضعتها أمه صارت أخته ، وان أرضعتها جدته صارت عمته أو خالته وان أرضعتها أخته صارت بنت أخته، وكل امرأة تحرم بنت زوجها اذا أرضعتها بابن زوجها حرمتها عليه، وعليها نصف مهرها كامرأة ابنه وامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة جده لانها ان أرضعتها امرأة أبيه بابنه صارت أخته وان أرضعتها امرأة ابنه صارت بنت أبيه وان أرضعتها امرأة أخيه صارت بنت أخيه وان أرضعتها امرأة جده بابنه صارت عمته أوخالته، وان أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بابن غيره لم تحرم عليه لانها صارت ربيبة زوجها، وان أرضعتها من لاتحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه، ولو تزوج ابنة عمه فأرضعت جدتهما احدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار عم زوجته وان أرضعت الزوجة صارت عمته وان أرضعتهما جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر، وان تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً انفسخ النكاح لانها ان أرضعت الزوج صار خالا لها وان أرضعت الزوجة صارت عمته، وان تزوج ابنة خاله فأرضعت جدتها الزوج صار عم زوجته وان أرضعتها صارت خالته ، وان تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته وان أرضعتها صارت خالة زوجها

قال شيخنا لانعلم بينهم خلافا في ذلك وان الزوج لايرجع عليها بشيء اذا كان اداه اليها ولا في أنها اذا افسدته قبل الدخول انه يسقط وانه يرجع عليها بما أعطاها

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحها فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى) ولا مهر للكبرى ان كان قبل الدخول لأنها افسدت نكاح نفسها وقد ذكرنا وجه ذلك ان كان المفسدة غيرها

﴿ مسئلة ﴾ (فلو دبت الصغرى الى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد ، فان كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ولا مهر للصغيرة)

لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ولا يرجع به على ما اخترناه وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به في مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها ، وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعليهما فينقسط الواجب عليهما وعليه مهر الكبيرة وثلاثة اعشار مهر الصغيرة ويرجع به على الكبيرة وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة وهل ينفسخ نكاح الصغيرة؟ على روايتين

(فصل) وان تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتا له وان أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبة، فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد وان كان لم يدخل بها لم تحرم لانها ربيبة لم يدخل بامها، وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على التأبيد لانها من أمهات نسائه، وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها وان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد، وان طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وان كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها وان طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على ما مضى، ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت عليهما الكبيرة وانفسخ نكاحها، وان كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها والا فلا.

(فصل) وان أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لانها صارت جدتها، والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح، وان ارضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لانهما صارتا أختين فان كان لم يدخل بالكبيرة فله أن ينكح من شاء منهما

(فصل) وان ارضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها والرجوع بالصداق على المرضعة التي افسدت النكاح، وان ارضعتها ام الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لانهما صارتا اختين، فان كان لم يدخل بالكبيرة فله ان ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها وان كان دخل بالكبيرة فله نكاحها لان الصغيرة لا عدة عليها وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لانها قد صارت اختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم ان ارضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمة الكبيرة او خالتها والجمع بينهما محرم، وكذلك ان ارضعتها أختها أو زوجة اخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت اخيه وكذلك ان ارضعتها اختها او بنت اختها ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأبيد لانه تحريم جمع الا إذا ارضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بامها

﴿ مسئلة ﴾ (واذا كان لرجل خمس امهات اولاد له منه لبن فارضعن امرأة صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في احد الوجهين)

لأنها ارتضعت من لبنه خمس رضعات فكل رضاعها من لبنه فصار ابا لها كما لو أرضعتها واحدة منهن والوجه الثاني لا يصير ابا لها لانه رضاع لم تثبت به الامومة فلم تثبت به الابوة كابن البهيمة ولا تحرم أمهات الاولاد لانه لم يثبت لهن أمومة

(فصل) فان ارضعن طفلا كذلك لم يصرن امهات له وصار المولى أبا له وهذا قول ابن حامد لانه

ويرجع على المرضعة بنصف صداقهما وان كان قد دخل بالكبيرة فله نكاحها لان الصغيرة لا عدة عليها وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لانها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم ان ارضعتها جدة الكبيرة لانها تصير عمة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم وكذلك الحكم ان أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لانها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه وكذلك ان أرضعتها بنت أخيها أو بنت أختها ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأبيد لانه تحريم جمع الا اذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بامها

(فصل) ومن أفسد نكاح امرأة بالرضاع قبل الدخول غرم نصف صداقها، وان كان بعد الدخول فنص أحمد على أنه يرجع عليه بالمهر كله وهو مذهب الشافعي لان المرأة تستحق المهر كله على زوجها فترجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها، والصحيح ان شاء الله تعالى أنه لا يرجع على المرضعة بعد الدخول بشيء لانها لم تقرر على الزوج شيئاً ولم تلزمه اياه فلم يرجع عليها بشيء كما لو أفسدت نكاح نفسها، ولانه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط اذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كالنصف قبل الدخول، ولان خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ماذكرناه فيما مضى ولذلك لا يجب مهر المثل، وانما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لانها قررته عليه ولذلك يسقط اذا كانت هي المفسدة لنكاحها ولم يوجد ذلك ههنا وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، ولانه لو رجع بالمهر

ارتضع من لبنه خمس رضعات، وفيه وجه آخر لا تثبت الابوة لانه رضاع لم يثبت الامومة فلم يثبت الابوة كالارتضاع بلبن الرجل، والاول اصح لان الابوة انما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرضعة أماً له، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا قلنا بثبوت الابوة حرمت عليه المرضعات لانه ربيبهن وهن موطوءات أبيه.

(فصل) وان كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له وهل يصير الرجل جداً له وأولاده أخوالا له وخالات؟ على وجهين:

(أحدهما) يصير جداً واخوهن خالا لانه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته فأشبه مالو كان من واحدة (والآخر) لا يثبت ذلك لان كونه جداً فرع كون ابنته أما وكونه خالا فرع كون أخته أماً ولم يثبت فلا يثبت ذلك الفرع، وهذا الوجه يترجح في هذه المسئلة لان الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها. فان قلنا يصير أخوهن خالا لم تثبت الخؤولة في حق واحدة منهن لانه لم يرتضع من لبن أخواتها خمس رضعات ولكن يحتمل التحريم لانه قد اجتمع من بنت المحرم خمس رضعات، ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين

(فصل) اذا كان لامرأة لبن من زوج فارضعت به طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار

بعد الدخول لم يخل اما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوتته أو بالمهر الذي أداه : لايجوز أن يكون ببدل البضع لانه لو وجب بدله لوجب له على الزوجة اذا فات بفعلها أو بقتلها ولكان الواجب لها مهر مثلها ؛ ولا يجوز أن يجب له بدل ماأداه اليها لذلك ولانها ما أوجبته ولا لها أثر في ايجابه ولا أدائه ولا تقريره ، ولا نعلم بينهم خلافا في أنها اذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول أنه لايسقط مهرها ولا يرجع عليها بشيء ان كان أداه اليها ولا في انها اذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها وأنه يرجع عليها بما أعطاها ، فلو دبت صغيرة الى كبيرة فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة وهما زوجتا رجل انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأبيد ، فان كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها،ولا مهر للصغيرة لانها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ، ولا يرجع به على ما اخترناه ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به على مال الصغيرة لانها فسخت نكاحها ، وان ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتبهت الكبيرة فأتمت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعلهما فيتقسط الواجب عليهما،وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة يرجع به على الكبيرة ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة ، وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين

(فصل) وان أفسد النكاح جماعة تقسط المهر عليهم فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من

لها منه لبن فارضعت منه الصبي رضعتين صارت أما له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرمات ولم يصروا حد من الزوجين أباله لانه لم يكمل عدد الرضاع من لبنه ويحرم على الرجلين لكونه ربيبهما لا لكونه ولدهما

(مسئلة) (ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فارضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات) لانه لم تكمل عدد الرضعات لكل واحدة منهن وهل تحرم الصغرى ؟على وجهين أصحهما تحرم لانها ارتضعت من لبنه خمس رضعات وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماسا لان الرضعات الخمس محرمة وقد وجد من الاولى رضعتان ومن الثانية رضعتان والخامسة وجدت من الثالثة فيجب على الاولى خمس مهرها وعلى الثانية خمس وعلى الثالثة عشر

(مسئلة) (فان كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فارضعن ثلاث نسوة له صغار حرمت الكبيرة)

لانها من جدات النساء وجدة الزوجة محرمة ولم ينفسخ نكاح الصغار لانهن لسن أخوات وانما هن بنات خالات وابن الربيبة لايحرم إلا بالدخول بالام وان كان دخل بالام حرم الصغار أيضاً لانهن ربائب مدخول بامهن وان لم يكن دخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أولا ؟ على روايتين بناء على مااذا أرضعت زوجته الكبرى زوجته الصغرى فان الكبرى تحرم وهل ينفسخ نكاح الصغرى ؟ على روايتين ذكرنا توجيههما فيما مضى

لبن أم الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فان سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثاً فعلى الاول الخمس وعلى الثانية خمس وعشر ، وان سقتها واحدة شربتين وسقاها ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر ، وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في اناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فان لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ماقابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتيها فان كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لأنه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها اذ لافائدة في أن يجب لها عليه مايرجع به عليها ، وان كان مختلفاً وهو من جنس واحد تقاصا منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة به لصاحبها ، وان كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا ، وان كان قد دخل باحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضاً وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثا واللاتي دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به ماأسلفناه من الخلاف ، وان حلبن في اناء فسقته احداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها أفسدت نكاحهن ويسقط مهرها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها فلها مهرها ولا ترجع به على أحد

(مسألة) (وان أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك؟ على وجهين)

(أحدهما) تحرم لانها صارت جدة بكون الصغيرة قد كمل لها خمس رضعات من لبن بناتها (والثاني) لاتصير جدة ولا ينفسخ نكاحها لان كونها جدة فرع على كون ابنتها اما ولم تثبت الامومة فما هو فرع عليها أولى ان لايثبت وهذا أولى والله أعلم

(فصل) إذا تزوج كبيرة ثم طلقها فارضعت صغيرة بابنه صارت بنتاً له وان ارضعتها بلبن غيره صارت ربيبته فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأبيد وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لانها ربيبة لم يدخل بأمها وان تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعت امرأة له حرمت المرضعة على التأبيد لانها من امهات نسائه وان تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فارضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها فان كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة وان كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأبيد وان طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فارضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وان كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها وان طلقهما جميعاً فالحكم في التحريم على مامضى

(فصل) ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاها ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ثم

وان كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فان كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه ، وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لايرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ، ولو ارضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتا لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها ويرجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الاولين منه أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسه لان رضعتها الاولى حصل بها التحريم لكمال الخمس بها والثانية لاأثر لها في التحريم فلم يجب عليها بها شيء ولا ينفسخ نكاح الاكابر لانهن لم يصرن أمهات لها ، ولو كان لامرأته الكبيرة خمس بنات لهن لبن فأرضعن امرأته الصغيرة رضاعا تصير به احداهن أما لها لحرمت أمها وانفسخ نكاحها وهل ينفسخ نكاح الصغيرة على روايتين ، وان ارضعت كل واحدة منهن الصغيرة رضعة فالصحيح أن الكبيرة لاتحرم بهذا لان كونها جدة يبنى على كون ابنتها أما وما صارت واحدة من بناتها أما ويحتمل أن تحرم لأنه قد كمل لها من بناتها خمس رضعات وكذلك الحكم لو أرضعتها بنتها رضعة وبنت ابنها رضعة وبنات بناتها ثلاث رضعات ، ولو كمل لها من زوجته بابنه ومن أمه وأخته وابنته وابنة ابنه خمس رضعات فعلى الوجهين (أصحهما) لايثبت تحريمها وفي الآخر يثبت فعلى هذا الوجه ينفسخ نكاحها ويرجع عليهن بما غرم من صداقها على قدر رضاعهن ، فان قيل فلم لايرجع عليهن على

ارضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليها وانفسخ نكاحها وان كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فارضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه لانها صارت امه من الرضاع وحرمت عليه لأنها صارت امه من الرضاع وان تزوجت بآخر ودخل بها ومات عنها لم يجز ان يتزوجها الاول لأنها صارت من حلائل الابناء لما ارضعت الصبي الذي تزوجت به

﴿ مسئلة ﴾ (ولو تزوجت الصبي اولا ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فارضعت به الصبي حرمت عليهما على الابد على الزوج الثاني لانها صارت من حلائل ابنائه وعلى الصبي لانها صارت امه

(فصل) ولو زوج رجل ام ولده اوامته بصبي مملوك فارضعته بابن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأبيد لأنها صارت من حلائل ابنائه فان كان الصبي حرا لم يتصور هذا الفرع عندنا لانه لايصح نكاحه لأن من شرط نكاح الحر للامة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فان تزوج بها كان النكاح فاسداً وان ارضعته لم تحرم على سيدها لانه ليس بزوج في الحقيقة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله فان أفسد النكاح جماعة يسقط المهر عليهم فلوجاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن ام الزوج خمس مرات انفسخ نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فان سقتها واحدة شربتين وأخرى ثلاثا فعلى الاولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر وان سقاها واحدة شربتين وسقاها

عدد رؤوسهن لكون الرضاع مفسداً فيستوي قليله وكثيره كما لو طرح النجاسة جماعة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا لان التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فان التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره ليكون القليل والكثير سواء في الافساد فنظير ذلك أن يشرب في الرضعة من احداهما أكثر مما يشرب من الاخرى

(فصل) اذا كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان مالزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الامة لان ذلك من جنايتها ، وان أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لانها ربيبة دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبداً لانها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لانها أفسدت على سيدها فان كان قد كاتبها رجع عليها لان المكاتبة يلزمها ارش جنايتها وان أرضعت أم ولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لانها صارت أخته ، وان أرضعت زوجة ابيه بلبنه حرمتها عليه لانها صارت بنت ابنه ويرجع الاب على ابنه بأقل الامرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها لان ذلك من جناية ام ولده ، وان أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لان كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين فأرضعت الكبيرة الصغيرتين حرمت عليه الكبيرة وانفسخ نكاح الصغيرتين ولا مهر عليه للكبيرة ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين وله أن ينكح من شاء منهما)

أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء ، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما

ثلاث ثلاث شربات فعلى الاولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر وان كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فارضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في اناء وسقينه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فان لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على احدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتيها لان فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلهما فسقط ماقابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتيها فان كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لانه يتقاص مالها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة في ان يجب لها عليه مايرجع به عليها وان كان مختلفا وهو من جنس واحد تقاص منه بقدر اقلهما ووجبت الفضلة لصاحبها وان كان من أجناس ثبت التراجع على ماذكرنا وان كان قد دخل باحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن اثلاثا والتي دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به ما اسلفناه من الخلاف . وان حلبن في اناء فسقته احداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها ان كان قبل الدخول بهن لانها افسدت نكاحهن ويسقط مهرها ان لم يكن

صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتا معاً ولا مهر للكبيرة لان الفساد جاء من قبلها ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين لانها أفسدت نكاحهما وله أن ينكح من شاء منهما لان انفساخ نكاحهما للجمع ولا يوجب تحريما مؤبداً وهذا على الرواية التي قلنا انها اذا أرضعت الصغيرة إختص الفسخ بالكبيرة ، فأما على الرواية التي تقول ينفسخ نكاحهما معاً فانه يثبت نكاح الاخيرة من الصغيرتين لان الكبيرة لما أرضعت الاولى انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الاخرى فلم تجتمع معهما في النكاح فلم ينفسخ نكاحها . فأما ان كان دخل بالكبيرة حرمت وحرمت الصغيرتان على التأبيد لانهما ربيبتان قد دخل بأمهما

(فصل) فان أرضعت الصغيرتين أجنبية انفسخ نكاحهما أيضاً وهذا قول أبي حنيفة والمزني وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر ينفسخ نكاح الآخرة وحدها لان سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبه مالو تزوج احدى الاختين بعد الاخرى

ولنا أنه جامع بين الاختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو ارضعتهما معاً وفارق مالو عقد على واحدة بعد الاخرى فان عقد الثانية لم يصح فلم يصر به جامعاً بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح فحصلتا معاً في نكاحه وهما أختان لامحالة

(فصل) وان أرضعتهما بنت الكبيرة فالحكم في الفسخ كما لو أرضعته الكبيرة نفسها لان الكبيرة تصير جدة لهما ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن

دخل بها وإن كان دخل بها فلها مهرها لا يرجع به على أحد وان كانت كل واحدة من الكبار ارضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فان كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وان كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الاولى لانها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فارضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتا لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها وترجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الأولتين أربعة اخماسه وعلى الثالثة خمسه لان رضعتها الاولى هي التي حصل بها التحريم والثانية لا أثر لها ولا ينفسخ نكاح الا كابر لانهن لم يصرن امهات لها . فان قيل فلم لا ترجع به عليهن على عددهن لكون الرضاع مفسدا فيستوى قليله وكثيره كما لو طرح الجماعة نجاسة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا لان التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقاً بالعدد بخلاف النجاسة فان التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره لكون الكثير والقليل سواء في الافساد فنظير ذلك ان يشرب في الرضعة من إحداها أكثر مايشرب من الاخرى

(فصل) وان كانت له زوجة امة فارضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان مالزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الامة لان ذلك من جنايتها وان ارضعتها ام ولده افسدت نكاحها وحرمتها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كن الاصاغر ثلاثا فأرضعتهن منفردات حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح المرضعتين أولا وثبت نكاح آخرهن رضاعا فان أرضعت احداهن منفردة واثنتين بعد ذلك معا حرمت الكبيرة وانفسخ نكاح الاصاغر وتزوج من شاء من الاصاغر وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد)

انما حرمت الكبيرة لانها صارت من أمهات النساء وانفسخ نكاح المرضعتين أولا لانهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الاخيرة لان رضاعها بعد انفساخ نكاح الصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف إخوتها جمعاً في النكاح ، وان أرضعت احداهن منفردة واثنتين بعدذلك معابان تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معاً أو تحلب من لبنها في اناء فتسقيهما انفسخ نكاح الجميع لانهن صرن اخوات في نكاحه وله أن يتزوج من شاء من الاصاغر لان تحريمهن تحريم جمع لاتحريم تأبيد فانهن ربائب لم يدخل بامهن ، وان دخل بالكبيرة حرم الكل على الابد لانهن ربائب مدخول بامهن هذا على الرواية الاولى وعلى الاخرى لماأرضعت الاولى انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة لانها صارت أمها واجتمعتا في نكاحه ثم ارتضعت الثانية فلم ينفسخ نكاحها لانها منفردة بالرضاع في النكاح فلما أرضعت الثالثة صارتا أختين فانفسخ نكاحهما

عليه لانها ربيبته دخل بامها وتحرم ام الولد عليه ابداً لانها من امهات نسائه ولا غرامة عليها لانها أفسدت على سيدها وان كانت مكاتبته رجع عليها لان المكاتبة يلزمها ارش جنايتها وان ارضعت امولده امرأة ابنه بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لانها صارت اخته وان أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لانها صارت بنت ابنه ويرجع الاب على ابنه باقل الامرين مما غرمه لزوجته او قيمتها لان ذلك من جناية ام ولده .وان أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لان كل واحدة منهما صارت بنت ام ولده

(فصل) قال رضي الله عنه إذا شك في الرضاع أو عدده بني على اليقين فلم يحرم لان الاصل عدم الرضاع في المسئلة الاولى وعدم وجود الرضاع المحرم في الثانية فهو كالوشك في وجود الطلاق أو عدده

﴿ مسئلة ﴾ (وان شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها وعنه أنها ان كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب فيه إلى قول ابن عباس)

وجملة ذلك أن الرضاع إذا شهدت به امرأة مرضعة حرم النكاح وثبت الرضاع بشهادتها وعنه رواية أخرى كالتي ذكرناها عن ابن عباس فان ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله قال ان كانت مرضية استحلفت وفارق أهله وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها أي يصيبها فيها برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه القياس ولا يهتدي اليه رأي فالظاهر أنه لايقوله إلا توقيفاً وممن ذهب الى أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية طاوس

(فصل) فان أرضعتهن بنت الكبيرة فهو كما لو أرضعتهن أمها ولو كان لها ثلاث بنات فأرضعت كل واحدة منهن زوجة من الاصاغر حرمت الكبيرة بارضاع أولاهن ويرجع على مرضعتها بما لزمه من مهرها لانها أفسدت نكاحها ولا ينفسخ نكاح الاصاغر لانهن لم يصرن أخوات وانما هن بنات خالات وعلى الرواية الاخرى ينفسخ نكاح المرضعة الاولى لاجتماعها مع جدتها في النكاح ويثبت نكاح الاخيرتين ويرجع بما لزمه من مهر التي فسد نكاحها على التي أرضعتها وان كان دخل بالكبيرة حرم الكل عليه على الابد ورجع على كل واحدة بما لزمه من مهر التي أرضعتها وان قلنا انه يرجع بمهر الكبيرة رجع به على المرضعة الاولى لانها التي أفسدت نكاحها

(مسألة) قال (واذا شهدت امرأة واحدة على الرضاع حرم النكاح اذا كانت مرضية وقد روي عن أبي عبدالله رحمه الله رواية اخرى ان كانت مرضية استحلفت فان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها وذهب في ذلك الى قول ابن عباس رضي الله عنه)

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع اذا كانت مرضية ، وبهذا قال طاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل الا شهادة امرأتين وهو قول الحكم لان الرجال اكمل من النساء ولا يقبل الا شهادة رجلين فالنساء اولى وعن احمد رواية ثالثة ان شهادة المرأة الواحدة مقبولة وتستحلف مع شهادتها وهو قول ابن عباس واسحاق لان ابن عباس قال في امرأة زعمت انها أرضعت رجلا وأهله فقال ان كانت مرضية استحلفت وفارق امرأته ، وقال ان كانت كاذبة لم يحل الحول حتى تبيض ثدياها ، يعني يصيبها

والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعن أحمد رواية أخرى لا تقبل إلا شهادة امرأتين ، وهو قول الحكم لان الرجال أكمل من النساء ولا تقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى وقال عطاء والشافعي لا يقبل من النساء أقل من أربع لان كل امرأتين كرجل، وقال أصحاب الرأي لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان ، وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)

ولنا ماروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتينا النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال «وكيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه ، وفي لفظ رواه النسائي قال فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة فقال «وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما خل سبيلها» وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة، وقال الزهري فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان بشهادة امرأة في الرضاع ، وقال الشعبي كان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولان هذه شهادة على عورة فتقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعلى الشافعي أنه معنى يقبل فيه قول

فيها برص عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ولا يهتدي اليه رأي فالظاهر انه لا يقوله الا توقيفاً . وقال عطاء وقتادة والشافعي لا يقبل من النساء أقل من اربع لان كل امرأتين كرجل. وقال اصحاب الرأي لا يقبل فيه الا رجلان أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان)

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي قال فأتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال « كيف وقد زعمت انها قد ارضعتكما ؟ خل سبيلها » وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة

وقال الزهري : فرق بين اهل ابيات في زمن عثمان رضي الله عنه بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الاوزاعي فرق عثمان بين اربعة وبين نسائهم بشهادة امرأة في الرضاع . وقال الشعبي كانت القضاة تفرق بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولان هذا شهادة على عورة فقبل فيها شهادة النساء المنفردات كالولادة وعلى الشافعي بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فقبل فيه شهادة المرأة المنفردة كالخبر

(فصل) ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من ان الامة السوداء قالت قد ارضعتكما فقبل النبي ﷺ شهادتها ولانه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا تدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها به كفعل غيرها . فان قيل فانها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له قلنا ليس هذا من الامور المقصودة التي ترد بها الشهادة ، ألا ترى ان رجلين لو شهدا أن فلاناً طلق زوجته وأعتق امته قبل شهادتهما وان كان يحل لهما نكاحهما بذلك

النساء المنفردات فيقبل فيه امرأة منفردة كالخبر

(فصل) ونقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت قد ارضعتكما فقبل النبي ﷺ شهادتها ولأنه فعل لايحصل لها به نفع مقصود ولا يدفع عنها به ضرراً فقبلت شهادتها كفعل غيرها فان قيل فانها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له قلنا ليس هذا من الامور المقصودة التي ترد بها الشهادة ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانا طلق زوجته أو أعتق امته قبلت شهادتهما وان حل لهما نكاحها بذلك

(مسئلة) (وان تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح فان صدقته فلا مهر لها وان كذبته فلها نصف المهر

وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لان قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا

فصل ولا تقبل الشهادة على الرضاع الا مفسرة فلو قالت أشهد أن هذا ابن هذه من الرضاع لايقبل لان الرضاع المحرم يختلف الناس فيه ، منهم من يحرم بالقليل ومنهم من يحرم بعد الحولين فلزم الشاهد تبيين كيفيته ليحكم الحاكم فيه باجتهاده فيحتاج الشاهد أن يشهد ان هذا ارتضع من ثدي هذه خمس رضعات متفرقات خلص اللبن فيهن الى جوفه في الحولين . فان قيل خلوص اللبن الى جوفه لاطريق له الى مشاهدته فكيف تجوز الشهادة ؟ قلنا اذا علم ان هذه المرأة ذات لبن ورأى الصبي قد التقم ثديها وحرك فمه في الامتصاص وحلقه في الاجتراع حصل ظن يقرب الى اليقين ان اللبن قد وصل الى جوفه ، وما يتعذر الوقوف عليه بالمشاهدة اكتفي فيه بالظاهر كالشهادة بالملك وثبوت الدين في الذمة والشهادة على النسب بالاستفاضة

ولو قال الشاهد أدخل رأسه تحت ثيابها والتقم ثديها لا يقبل لانه قد يدخل رأسه ولا يأخذ الثدي وقد يأخذ الثدي ولا يمص فلابد من ذكر ما يدل عليه . وان قال أشهد أن هذه ارضعت هذا فالظاهر انه يكتفي في ثبوت اصل الرضاع لان المرأة التي قالت قد أرضعتكما اكتفي بقولها

(مسئلة) قال (واذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاعة انفسخ النكاح فان صدقته المرأة فلا مهر لها وان كذبته فلها نصف المهر)

وجملته أن الزوج اذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لان قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن امته أخته من النسب وما قاسوا عليه ممنوع وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني ذلك على علمه بصدقه فان علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه لان المحرم حقيقة الرضاع لا القول وان شك في ذلك لم يزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له اذا علم كذب نفسه روايتان ، والصحيح ما قلناه لان قوله ذلك إذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة إذا ثبت هذا فانه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء لها لانهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله لا تستحق فيه مهرا فأشبه مالو ثبت ذلك ببينة وان أكذبته فالقول قولها لان قوله غير مقبول عليها في اسقاط حقوقها فلزمه اقراره فيما هو حق له وهو يحرمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر

(فصل) وان قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح لما ذكرنا ولها المهر بكل حال لان المهر يستقر بالدخول ؛

ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب وماقاسوا عليه غير مسلم وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فينبني ذلك على علمه بصدقه فان علم أن الامر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وان علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لايحرمها عليه لان المحرم حقيقة الرضاع لا القول وان شك في ذلك لم نزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له اذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ماقلناه لان قوله ذلك اذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه هي ابنتي من الرضاعة.

اذا ثبت هذا فانه ان كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلاشيء لها لانهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله لا يستحق فيه مهر فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة وان أكذبته فالقول قولها لان قوله غير مقبول عليها في اسقاط حقوقها فلزمه اقراره فيما هو حق له وهو تحريمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر

(فصل) فان قال هي عمتي أوخالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لاصغر منه أولمثله هي أمي أولا كبر منه أولمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد تحرم عليه لانه اقرار بما يحرمها عليه فوجب أن يقبل كما لو أمكن

(فصل) وان قال هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي او أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال هي أختي، وان لم يمكن صدقه مثل أن يقول لمن هي مثله هذه أمي أو لاكبر منه أو لمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد تحرم عليه لانه أقر بما يحرمها فقبل كما لو أمكن .

ولنا أنه أقر بما يتحقق كذبه فأشبه مالو قال أرضعتني وإياها حواء أو كما قال هذه حواء وما ذكروه ينتقض بهذه الصور، ويفارق ما إذا أمكن فانه لا يتحقق كذبه والحكم في الاقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الاقرار بالرضاع لانه في معناه

(فصل) إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لان شهادة الولد لوالده والوالد لولده لاتقبل، وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت وعنه لا تقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده وهي مقبولة في أصح الروايتين، وان ادعت ذلك المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته قبل في أصح الروايتين

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت هي التي قالت هو أخي من الرضاع وأكذبها فهي زوجته في الحكم لانه لا يقبل قولها في فسخ النكاح)

ولنا أنه أقر بما تحقق كذبه فيه فأشبه ما لو قال أرضعتني وإياها حواء. أو كما لو قال هذه حواء وما ذكروه منتقض بهذه الصور، ويفارق اذا أمكن فانه لا يتحقق كذبه والحكم في الاقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الاقرار بالرضاع لانه في معناه

(فصل) اذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته لم تقبل شهادتهما لان شهادة الوالدة لولدها والوالد لوالده غير مقبوله، وان شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت وعنه لا يقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده، وفي ذلك روايتان: وان ادعت ذلك المرأة وأنكره الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وان شهدت لها أم الزوج أو ابنته فعلى روايتين:

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كانت المرأة هي التي قالت هي أخي من الرضاعة فأكذبها ولم تأت بالبينة على ما وصفت فهي زوجته في الحكم)

وجملته أن المرأة اذا اقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها لم يقبل قولها في فسخ

لانه حق عليها، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لانها تقر بأنها لا تستحقه وان كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لانه يقر بأنه حق لها، وان كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بانها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته في الوطء فلا مهر لها أيضا لاقرارها بأنها زانية مطاوعة، وان انكرت شيئا من ذلك فلها المهر لانه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لان قولها غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لان وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الامرين من المسمى أو مهر المثل لانه ان كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه، وان كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه لاعترافها بان استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وان كان اقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن اقرارها في ظاهر الحكم لان اقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل اقرارها على نفسه بتحريمه عليها، وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (ولو قال الزوج هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم تحرم) لتحققنا كذبه وقد ذكرناه.

﴿ مسألة ﴾ (ولو تزوج رجل امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول وان

النكاح لانه حق عليها ، فان كان قبل الدخول فلا مهر لها لانها تقر بانها لا تستحقه فان كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لانه يقر بانه حق لها وان كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بانها أخته وبتحريمها عليه ومطاوعة له في الوطء فلامهر لها أيضاً لاقرارها بأنها زانية مطاوعة وان أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لانه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لان قولها عليه غير مقبول، فأما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت صحة ما أقرت به لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفتدي نفسها بما أمكنها لان وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا وجحدها ذلك، وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الامرين من المسمى أو مهر المثل لانه ان كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه وان كان الاقل مهر المثل لم تستحق أكثر منه لاعترافها بان استحقاقها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه، وان كان اقرارها باخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن اقرارها في ظاهر الحكم لان اقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل اقرارها على نفسها بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن

زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما وان انقطع من الأول ثم ثاب بحملها من الثاني فكذلك عند أبي بكر وعند أبي الخطاب هو ابن الثاني وحده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال **(أحدها)** أن يبقى الاول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثاني فهو للاول سواء حملت من الثاني أو لم تحمل لانعلم فيه خلافا لان اللبن كان للاول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للاول **(الثاني)** أن لا تحمل من الثاني فهو للاول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع

(الثالث) أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة والشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع أو لم ينقطع، لان لبن الاول ينقطع بالولادة من الثاني فان حاجة المولود تمنع كونه لغيره **(الرابع)** أن يكون لبن الاول باقيا وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما جميعاً في قول أصحابنا ، وقال أبو حنيفة هو للاول مالم تلد من الثاني ، وقال الشافعي ان لم ينته الحمل إلى حال ينزل به اللبن فهو للاول وان بلغ إلى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان **(أحدهما)** هو للاول والثاني هو لهما .

ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه وبقاء لبن الاول يقتضي كون أصله منه فيجب أن يضاف اليهما كما لو كان الولد منهما **(الحال الخامس)** انقطع من الاول ثم ثاب بالحمل من الثاني فقال أبو بكر هو منهما وهو أحد أقوال الشافعي إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن وذلك لان اللبن كان للاول فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الاول ثاب بسبب الحمل

صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على ما ذكرناه

[فصل] وان ادعى أحد الزوجين على الآخر انه اقر انه اخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لانها شهادة على الاقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه

[فصل] كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات ، وقال عمر بن الخطاب وعمر ابن عبد العزيز رضي الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولان لبن الفاجرة ربما أفضى الى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها أما لولده فيتعير بها ويتضرر طبعاً وتعيراً ، والارتضاع من المشركة يجعلها أما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها في محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحمق فانه يقال ان الرضاع يغير الطباع والله تعالى أعلم

الثاني فكان مضافا اليهما كما لو لم ينقطع، واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول الثاني للشافعي لان لبن الاول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الاول، وقال أبو حنيفة هو للاول ما لم تلد من الثاني وهو القول الثالث للشافعي لان الحمل لا يقتضي اللبن وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه وقد سبق الكلام عليه

(فصل) واذا ادعى احد الزوجين على الآخر انه اقر انه اخو صاحبه من الرضاع فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لانها شهادة على الاقرار والاقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه الى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه

(فصل) كره ابو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما : اللبن يشتبه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ، ولان لبن الفاجرة ربما أفضى الى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها اما لولده فيتعير بها ويتضرر طبعا وتعيرا والارتضاع من المشركة يجعلها اما لها حرمة الام مع شركها وربما مال اليها في محبة دينها ، ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحمق فانه يقال ان الرضاع يغير الطباع

كتاب النفقات

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفساً الا ماآتاها) ومعنى قدر عليه أي ضيق عليه ومنه قوله سبحانه (يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر) اي يوسع على من يشاء ويضيق على من يشاء وقال الله تعالى (قد علمنا مافرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم)

وأما السنة فما روى جابر ان رسول الله ﷺ خطب الناس فقال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وابو داود . ورواه الترمذي باسناده عن عمرو بن الاحوص قال « ألا ان لكم على نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، الا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن في كسوتهن وطعامهن »وقال هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هند الى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» متفق عليه. وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وان ذلك مقدر بكفايتها وان نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وان ذلك بالمعروف وان لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه اذا لم يعطها اياه

(كتاب النفقات)

(يجب على الرجل نفقة زوجته ومالا غناء لها عنه وكسوتها ومسكنها بما يصلح لمثلها)

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفسا إلا ماآتاها) ومعنى قدر ضيق وقال سبحانه (قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم) ، واما السنة فاروى جابر ان رسول الله ﷺ خطب الناس فقال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم ورواه الترمذي باسناده عن عمرو بن الاحوص قال « إلا ان لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فاما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم ان تحسنوا اليهن في كسوتهن وطعامهن » وقال حديث حسن صحيح وجاءت هند إلى رسول الله ﷺ فقالت يارسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وان ذلك مقدر بكفايتها

وأما الاجماع فاتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن اذا كانوا بالغين الا الناشز منهن . ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده

(مسألة) قال ابو القاسم رحمه الله تعالى (وعلى الزوج نفقة زوجته مالا غناء بها عنه وكسوتها)

وجملة الامر ان المرأة اذا سلمت نفسها الى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن . قال أصحابنا ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً فان كانا موسرين فلها عليه نفقة الموسرين ، وان كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين ، وان كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسطين ، وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر . وقال ابو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) والمعروف الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة ، وقال النبي ﷺ لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها

وان نفقة ولده عليه دونها مقدر بكفايتهم وان ذلك بالمعروف وان لها ان تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها اياه ، واتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على ازواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهوان المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من ان ينفق عليها كالعبد مع سيده ، فمتى سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكول وملبوس ومسكن

(مسألة) (وليس ذلك مقدراً لكنه معتبر بحال الزوجين جميعاً)

هكذا ذكره أصحابنا فان كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين وان كانا معسرين فعليه نفقة المتوسطين وان كان احدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين ايهما كان الموسر ، وقال أبو حنيفة ومالك تعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» والمعروف الكفاية ولانه سوى بين النفقة والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة وقال النبي ﷺ لهند «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ولان نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ولانه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها ، وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها)

دون حال زوجها ، ولان نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبراً بها كمهرها وكسوتها ، وقال الشافعي الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لايكلف الله نفساً الا ما آتاها) ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فيكون أولى

(فصل) والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال ابو حنيفة ومالك . وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لايختلف في القلة والكثرة، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات ، وانما يختلفان في صفته وجودته لان الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وفيما تقوم به البنية وانما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ لان اقل ما يدفع في الكفارة الى الواحد مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الاهل فقال سبحانه [من أوسط ماتطعمون اهليكم] وعلى الموسر مدان لان اكثر ماأوجب الله سبحانه للواحد مدين في كفارة الاذى. وعلى المتوسط مد ونصف، نصف نفقة الموسر ونصف نفقة الفقير

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فأمرها بأخذ مايكفيها من

ولنا ان فيما ذكرناه جمعاً بين الدليلين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان اولى

(فصل) والنفقة مقدرة بالكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال القاضي هي مقدرة بمقدار لايختلف في الكثرة والقلة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات، وانما يختلفان في صفته وجودته لان الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول وماتقوم به البنية وانما يختلفان في جودته فكذلك النفقة الواجبة ،وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي ﷺ لان أقل مايدفع في الكفارة مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الاهل فقال سبحانه (من اوسط ماتطعمون اهليكم) وعلى الموسر مدان ، لان أكثر ما اوجب الله سبحانه للواحد مدين في فدية الاذى ، وعلى المتوسط مد ونصف ، نصف نفقة الفقير ونصف نفقة الموسر

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فامرها باخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها ، ومن المعلوم ان قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لايزيد عنهما ولاينقص ولان الله تعالى قال (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال النبي ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وايجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وايجاب قدر الكفاية وان كان أقل من مد او رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك واجباً بالكتاب والسنة

غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها .ومن المعلوم ان قدر كفايتها لاينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ،ولان الله تعالى قال [وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقال النبي ﷺ «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وايجاب اقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وايجاب قدر الكفاية وإن كان اقل من مد أو من رطلي خبز انفاق بالمعروف فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لان الكفارة لاتختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفارة وانما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لا يجب فيها الادم

(فصل) ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعي الواجب فيها الحب اعتباراً بالاطعام في الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقاً او سويقاً او خبزاً لم يلزمها قبوله كما لايلزم ذلك المسكين في الكفارة . قال بعضهم يجيء على قول أصحابنا انه لا يجوز وان تراضيا لانه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قوله تعالى من (اوسط ماتطعمون اهليكم) قال الخبز والزيت. وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر . ومن افضل ما تطعمونهن الخبز واللحم . ففسر اطعام الاهل بالخبز مع غيره من الأدم، ولان الشرع ورد بالانفاق مطلقاً من غير تقييد ولا تقدير فوجب ان يرد الى العرف كما في القبض والاحراز وأهل العرف انما يتعارفون فيما بينهم في الانفاق على اهليهم الخبز والادم دون الحب ، والنبي ﷺ وصحابته انما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكروه

واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لايصح لان الكفارة لاتختلف باليسار والاعسار ولا هي مقدرة بالكفاية وانما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لايجب فيها الادم

(فصل) ولا يجب فيها الحب وقال الشافعي يجب فيها الحب اعتبارا بالايجاب في الكفارة حتى لو دفع اليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله كما لايلزم المسكين في الكفارة ، وقال بعضهم يجيء على قول أصحابنا أنه لايجوز وان تراضيا عليه لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قول الله تعالى (من اوسط ما تطعمون اهليكم) قال الخبز والزيت وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وافضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ففسر طعام الاهل بالخبز مع غيره من الادم، ولان الشرع ورد بالايجاب مطلقا من غير تقدير ولا تقييد فوجب ان يرد إلى العرف كما في القبض والاحراز، وأهل العرف انما يتعارفون فيما بينهم في الانفاق على اهليهم الخبز والادم دون الحب والنبي ﷺ وصحابته انما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكروه فكان ذلك هو الواجب ولانها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبيد ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه فمتى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته، وفارق الاطعام فانها لا تتقدر بالكفاية ولايجب فيها الادم ، فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز حباً أو دراهم أو دقيقا أو غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معارضة فلا يجبر واحد منهما على

فكان ذلك هو الواجب . ولانها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبد ، ولان الحب تحتاج فيه الى طحنه وخبزه فمتى احتاجت الى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته ؛ وفارق الاطعام في الكفارة لأنها لاتتقدر بالكفاية ولا يجب فيها الادم . فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم او حباً او دقيقاً او غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لانها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبوله كالبيع. وان تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض. ويفارق الطعام في الكفارة لانه حق الله تعالى وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه ، وان اعطاها مكان الخبز حباً او دقيقاً جاز اذا تراضيا عليه لان هذا ليس بمعاوضة حقيقة فان الشارع لم يعتبر الواجب بأكثر من الكفاية ، فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب ، وانما صرنا الى ايجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

(فصل) ويرجع في تقدير الواجب الى اجتهاد الحاكم أو نائبه ان لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط

قبولها كالبيع وان تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض ويفارق الطعام في الكفارة فانه حق لله تعالى وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه وان اعطاها مكان الخبز حبا أو دقيقا جاز إذا تراضيا عليه لان هذا ليس بمعاوضة حقيقة فان الشارع لم يعين الواجب باكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب وانما صرنا إلى ايجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

(مسئلة) (فان تنازعا فيها رجع الامر إلى الحاكم)

وجملة ذلك ان الامر يرجع فى تقدير الواجب للزوجة إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه ان لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والادم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ماجرت العادة في حق أمثاله وكذلك الادم للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع الادم من الارز واللحم واللبن ومايطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشحم في آخر والشيرج في آخر وللمعسرة تحت المعسر من الادم ادونه كالباقلاء والخل والبقل والكامخ وماجرت به عادة أمثالهم ومايحتاج اليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط اوسط. ذلك من الخبز والادام على حسب عادته

من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ماجرت به العادة في حق أمثاله وكذلك الادم للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الادم من اللحم والارز واللبن وما يطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر والشيرج في آخر والمعسرة تحت المعسر من الادم أدونه كالباقلا والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج اليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والادم كل على حسب عادته ، وقال الشافعي الواجب من جنس قوت البلد لايختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هوالدهن خاصة لانه أصلح للابدان وأجود في المؤنة لانه لايحتاج الى طبخ وكلفة ويعتبر الادم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الادم بالقوت فاذا قيل ان الرطل تكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك ، وفي كل يوم جمعة رطل لحم فان كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً ، وذكر القاضي في الادم مثل هذا وهذا مخالف لقول الله تعالى [لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله] ولقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله عز وجل بين الموسر والمعسر في الانفاق ، وفي هذا جمع بين مافرق الله تعالى ، وتقدير الادم بما ذكروه تحكم لادليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في انفاقهم فلا يعرج على مثل

وقال الشافعي الواجب من جنس قوت البلد لايختلف باليسار والاعسار سوى المقدار والادم هو الدهن خاصة لانه اصلح للابدان واجود في المؤنة لانه لايحتاج الى طبخ وكلفة ويعتبر الادم بغالب عادة اهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الادم بالقوت فاذا قيل ان الرطل يكفيه الاوقية من الدهن فرض ذلك وفي كل يوم جمعة رطل لحم فان كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئا وذكر القاضي مثل هذا في الادم وهذا مخالف لقول الله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) ولقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ومتى انفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله تعالى بين الموسر والمعسر في الانفاق وفي هذا جمع بين مافرقه الله تعالى وتقدير الادم بما ذكروه تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في انفاقهم فلا يعرج على مثل هذا وقد قال ابن عمر من افضل ماتطعمون اهليكم الخبز واللحم والصحيح ماذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة الى ذلك ولان النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها باليسار والاعسار كالكسوة وحكم المكاتب والعبد كالمعسر لانهما ليسا بأحسن حالا منه ومن نصفه حر ان كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لانه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر

هذا ، وقد قال ابن عمر من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة الى ذلك ولان النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها بالايسار والاعسار كالكسوة

[فصل] وحكم المكاتب والعبد حكم المعسر لانهما ليس بأحسن حالا منه ومن نصفه حر ان كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لانه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر

[فصل] ويجب للمرأة ما تحتاج اليه من المشط والدهن لرأسها والسدر أو نحوه مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها لان ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما ان على المستأجر كنس الدار وتنظيفها فاما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه لانه يراد للزينة ، وان طلبه منها فهو عليه ، وأما الطيب فما يراد منه لقطع السهوكة كدواء العرق لزمه لانه يراد للتطيب ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه اليه ولا يجب عليه شراء الادوية ولا أجرة الطبيب لانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد

﴿ مسئلة ﴾ (ويجب عليه كسوتها باجماع أهل العلم) لما ذكرنا من النصوص ولانها لا بد لها منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة

وهو قول أصحاب الشافعي ويرجع في ذلك الى اجتهاد الحاكم فيفرض لها قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك نحو اجتهاده في المتعة للمطلقة كما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والقطن والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط المتوسط من ذلك وأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غناء عنه دون ما للتجمل والزينة وذلك لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه وعليه ما يحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فان كانت ممن عادته النوم في الاكسية والبسط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن الموسر على حسب يساره والمعسر على قدر اعساره والمتوسط بين ذلك على حسب العوائد

﴿ مسئلة ﴾ (وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء مما تغسل به رأسها وما يعود بنظافتها)

لان ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما ان على المستأجر كنس الدار وتنظيفها ولا تجب عليه الادوية واجرة الطبيب لانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام والفاصد

[فصل] وتجب عليه كسوتها باجماع أهل العلم لما ذكرنا من النصوص ولانها لا بد منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة ووافق أصحاب الشافعي على هذا ويرجع في ذلك الى اجتهاد الحاكم فيفرض لها على قدر كفايتها على قدر يسرهما وعسرهما وماجرت عادة أمثالها به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الامر كنحو اجتهاده في المتعة للمطالقة وكما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والخز والابريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والكتان وللمتوسطة تحت المتوسط المتوسط من ذلك فأقل مايجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لاغنى عنه دون ما للتجمل والزينة والاصل في هذا قول الله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقول النبي ﷺ « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه وقول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف »

(فصل) وعليه لها ماتحتاج اليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فان كانت ممن عادته النوم في الاكسية والبساط فعليه لها لنومها ماجرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو الخشن ، الموسر على حسب ايساره والمعسر على قدر اعساره على حسب العوائد

(فصل) ويجب لها مسكن بدليل قوله سبحانه وتعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)

﴿مسئلة﴾ (فاما الطيب والخضاب والحناء ونحوه فلا يلزمه إلا ان يريد منها التزين به)

اما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه وان طلبه منها فهو عليه واما الطيب فما يراد لقطع السهوكة كدواء العرق يلزمه لانه يراد للتنظيف وما يراد للتلذذ أو الاستمتاع لا يلزمه لان الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه اليه

(فصل) ويجب لها مسكن بدليل قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) فاذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح اولى قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن المعروف ان يسكنها في مسكن ولانها لاتستغني عن المسكن للسترة عن العيون في التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما واعسارهما لقول الله تعالى (من وجدكم) ولانه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجري مجرى النفقة والكسوة

﴿مسئلة﴾ (وان احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لاتخدم نفسها أو لمرضها لزمه ذلك)

لقول الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن العشرة بالمعروف ان يقيم لها خادما لانها مما يحتاج اليه في الدوام فاشبه النفقة

﴿ مسئلة ﴾ (فان كان لها خادم وإلا اقام لها خادما بشراء أو كراء أو عارية ولا يلزم الزوج ان يملكها خادما)

فاذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح أولى قال الله تعالى (وعاشروهن بالمعروف) ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ولانها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما واعسارهما لقول الله تعالى [من وجدكم] ولانه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجرى مجرى النفقة والكسوة

[فصل] فان كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها لكونها من ذوي الاقدار أو مريضة وجب لها خادم لقوله تعالى [وعاشروهن بالمعروف] ومن العشرة بالمعروف أن يقيم له خادما ولانه مما تحتاج اليه في الدوام فأشبه النفقة ، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد لان المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي الا أن مالكا قال : ان كان لا يصلح المرأة الا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من واحد ونحوه قال أبو ثور اذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها ، والزيادة تراد لحفظ ملكها أو للتجمل وليس عليه ذلك اذا ثبت هذا فلا يكون الخادم الا ممن يحل له النظر اليها اما امرأة واما ذو رحم محرم لان الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون من أهل الكتاب فيه وجهان الصحيح منهما جوازه لان استخدامهم مباح ، وقد ذكرنا فيما مضى أن الصحيح اباحة النظر لهم [والثاني] لا يجوز لان في اباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس

لان المقصود الخدمة فاذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا اسكنها داراً باجرة جاز ولا يلزمه تمليكها مسكناً فان ملكها الخادم فقد زاد خيراً وان اخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حراً كان أو عبداً فان كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز وان طلبت منه اجر خادمها فوافقها جاز وان أبى وقال انا آتيك بخادم سواه فله ذلك إذا اتاها بمن يصلح لها . ولا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر اليها اما امرأة واما ذو رحم محرم لان الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز ان يكون خادم المسلمة من أهل الكتاب؟ فيه وجهان اصحهما جوازه لان استخدامهم مباح ولان الصحيح إباحة النظر لهم (والثاني) لا يجوز لان في اباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس ولا يتنظفون من النجاسة

﴿مسئلة﴾ (وعليه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا في النظافة)

يجب على الزوج نفقة الخادم وكسوته مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن والسدر لرأسها لان ذلك مما يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم . فان احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد ، لان المستحق خدمتها في نفسها ويحصل ذلك بواحد) ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان لا يصلح المرأة إلا

ولا يتنظفون من النجاسة ولا يلزم الزوج أن يملكها خادماً لان المقصود الخدمة فاذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه اذا أسكنها داراً بأجرة جاز، ولا يلزمه تمليكها مسكنا فان ملكها الخادم فقد زاد خيراً وان أخدمها من يلازم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له او استأجره حراً كان أو عبداً وان كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز، وان طلبت منه أجرة خادمها فوافقها جاز، وان قال لا أعطيك أجر هذا ولكن أنا آتيك بخادم سواه فله ذلك اذا أتاها بمن يصلح، وان قالت انا أخدم نفسي وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك لان الاجر عليه فتعيين الخادم اليه ولان في اخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها، وان قال الزوج انا أخدمك بنفسي لم يلزمها لانها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما، وفيه وجه آخر انه يلزمها الرضى به لان الكفاية تحصل به

(فصل) وعلى الزوج نفقة الخادم ومؤنته من الكسوة والنفقة مثل مالامرة المعسر الا انه لايجب لها المشط والدهن لرأسها والسدر لان ذلك يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم لكن ان احتاجت الى خف لتخرج الى شراء الحوائج لزمه ذلك

أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من خادم واحد ونحوه قال أبو ثور إذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين .

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها والزيادة تراد لحفظ ملكها وللتجمل وليس عليه ذلك

(مسئلة) فان قالت أنا أخدم نفسي وآخذ مايلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك ولم يلزمه) لان الاجر عليه فتعيين الخادم اليه ولان في خدمة غيرها إياها توفيرها على حقوقه وترفهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها .

(مسئلة) (فان قال الزوج أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها) لانها تحتشمه وفيه غضاضة عليها لكون زوجها خادما وفيه وجه آخر أنه يلزمها الرضى به لان الكفاية تحصل به

(فصل) ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء، لانها زوجة بدليل قوله سبحانه (وبعولتهن أحق بردهن) ولانه يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه فأشبه ما قبل الطلاق والأدلة الدالة على وجوب نفقة الزوجة من الكتاب والسنة والاجماع

(مسئلة) (وأما البائن بفسخ أو طلاق فان كانت حاملا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها وعنه لها السكنى) .

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً إما أن يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)وفي

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان منعها مايجب لها أو بعضه وقدرت له على مال أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف كما قال النبي ﷺ لهند حين قالت إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة مايكفيني وولدي ؟ فقال «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف»)

وجملته أن الزوج اذا لم يدفع الى امرأته مايجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع اليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه باذنه وبغير اذنه بدليل قول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » وهذا اذن لها في الاخذ من ماله بغير اذنه ورد لها الى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فان ظاهر الحديث دل على انه قد كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه موضع حاجة فان النفقة لاغنى عنها ولا قوام الا بها فاذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى الى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعاً لحاجتها ، ولان النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق المرافعة الى الحاكم والمطالبة بها في كل الاوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير اذن من هي عليه . وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط بفوات

بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك» إلا أن تكوني حاملا ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع وان كانت حائلا فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان

(احداهما) لا يجب لها ذلك وهو قول علي وابن عباس وجابر وبه قال عطاء وطاوس والحسن وعمر بن ميمون وعكرمة واسحاق وأبو ثور وداود

(والثانية) يجب لها وهو قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والفقهاء السبعة ومالك والشافعي لقول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فأوجب لها السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالانفاق عليها ، وقال أكثر فقهاء العراق : لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود لانها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر أنه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه ، قال عروة لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقالت إنها كانت في مسكان وحش فخيف على ناحيتها ، وقال سعيد بن المسيب تلك امرأة فتنت الناس بلسانها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الاعمى

وقتها عند بعض أهل العلم مالم يكن فرضها لها فلولم تأخذ حقها أفضى الى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فانه لايسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الاخذ الى الاسقاط

[فصل] ويجب عليه دفع نفقتها اليها في صدر نهار كل يوم اذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة فان اتفقا على تأخيرها جاز لان الحق لها فاذا رضيت بتأخيره جاز كالدين ، وان اتفقا على تعجيل نفقة عام او شهر او أقل من ذلك او أكثر او تأخيره جاز لان الحق لهما لايخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره مااتفقا عليه كالدين وليس بين أهل العلم في هذا خلاف علمناه فان سلم اليها نفقة يوم ثم ماتت فيه لم يرجع عليها بها لانه دفع اليها ماوجب عليه دفعه اليها ، وان أبانها بعد وجوب الدفع اليها لم تسقط نفقتها فيه ولها مطالبته بها لانها قد وجبت فلم تسقط بالطلاق كالدين ، وان عجل لها نفقة شهر او عام ثم طلقها او ماتت قبل انقضائه او بانت بفسخ او اسلام أحدهما او ردته فله أن يسترجع نفقة سائر الشهر ، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يسترجعها لانها صلة فاذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع

ولنا انه سلم اليها النفقة سلفاً عما يجب في الثاني فاذا وجد مايمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها اياها فنشزت او عجل الزكاة الى الساعي فتلف ماله قبل الحول . وقولهم انها صلة قلنا بل هي عوض عن التمكين وقد فات التمكين وذكر القاضي أن زوج الوثنية والمجوسية اذا دفع اليها نفقة

ولنا ماروت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فتسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى » فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك متفق عليه وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ « انظري يا ابنة قيس انما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » رواه الامام أحمد والأثرم والحميدي، قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها: قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج لانه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله تعالى مراده ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) ؟ وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس وجابر ومن وافقهم والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول صلى الله عليه وسلم فان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر أنه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فان أحمد أنكره وقال اما هذا فلا فانه قال لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا يرده الاجماع على قبول قول المرأة في الرواية فقد أجد تقول فريعة وهي امرأة وتخبر عائشة وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وصار خبر فاطمة إذا لم تكن حاملا مثل نظر المرأة الى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه اذا لم تكن سكنت إلى الاول وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فانها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون

سنتين ثم بانت باسلامه، فان لم يكن اعلمها انها نفقة عجلها لها لم يرجع عليها لان الظاهر انه تطوع بها وان أعلمها ذلك انبنى على معجل الزكاة اذا أعلم الفقير انها زكاة معجلة ثم تلف المال وفي الرجوع بها وجهان كذلك ههنا . وكذلك ينبغي ان يكون في سائر الصور مثل هذا لانه تبرع بدفع ما لا يلزمه من غير اعلام الآخذ بتعجيله فلم يرجع به كمعجل الزكاة ، ولو سلم اليها نفقة اليوم فسرقت او تلفت لم يلزمه عوضها لانه برىء من الواجب بدفعه فأشبه ما لو تلفت الزكاة بعد قبض الساعي لها او الدين بعد اخذ صاحبه له

(فصل) واذا دفع اليها نفقتها فلها أن تتصرف فيها بما أحبت من الصدقة والهبة والمعاوضة مالم يعد ذلك عليها بضرر في بدنها وضعف في جسمها لانه حق لها فلها التصرف فيه بما شاءت كالمهر وليس لها التصرف فيها على وجه يضر بها لان فيه تفويت حقه منها ونقصاً في استمتاعه بها

(فصل) وعليه دفع الكسوة اليها في كل عام مرة لانها العادة ويكون الدفع اليها في أوله لانه اول وقت الوجوب فان بليت الكسوة في الوقت الذي يبلى فيه مثلها لزمه ان يدفع اليها كسوة اخرى لان ذلك وقت الحاجة اليها وان بليت قبل ذلك لكثرة دخولها وخروجها او استعمالها لم يلزمه ابدالها لانه ليس بوقت الحاجة الى الكسوة في العرف . وان مضى الزمان الذي تبلى في مثله بالاستعمال المعتاد ولم تبل فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان (احدهما) لا يلزمه بدلها لانها غير محتاجة الى الكسوة

على شيء وقد رد على من ردعليها فقال ميمون بن مهران لسعيد بن المسيب لما قال تلك امرأة فتنت الناس بلسانها : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله ﷺ ما فتنت الناس وان لنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث، وقول عائشة انها كانت في مكان وحش لا يصح فان النبي ﷺ علل بغير ذلك فقال « يا ابنة آل قيس إنما النفقة والسكنى ما كان لزوجك عليك الرجعة » هكذا رواه الحميدي والاثرم ولو صح ماقالته عائشة ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بانه قول امرأة وهي أعرف بنفسها وبحالها ، وأما قول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا فقد قال اسماعيل بن اسحاق نحن نعلم أن عمر لا يقول لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله تعالى والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل في الامر بالانفاق وقد روى أبوداود وغيره باسنادهم عن ابن عباس في حديث المتلاعنين قال ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا بيت لها ولا قوت ولان هذه محرمة عليه تحريماً لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة وتفارق الرجعية فانها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه بخلاف البائن

(فصل) ولا سكنى للملاعنة ولا نفقة ان كانت حائلا للخبر وكذلك ان كانت حاملا فنفى حملها وقلنا

(والثاني) يلزمه لان الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل انها لو بايت قبل ذلك لم يلزمه بدلها . ولو اهدي اليها كسوة لم تسقط كسوتها وان اهدي اليها طعام فأكلته وبقي قوتها الى الغد لم يسقط قوتها فيه وان كساها ثم طلقها قبل ان تبلى فهل له أن يسترجعها؟ فيه وجهان [أحدهما] له ذلك لانه دفعها للزمان المستقبل فاذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع اليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها [والثاني] ليس له الاسترجاع لانه دفع اليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع اليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل اكلها بخلاف النفقة المستقبلة

[فصل] واذا دفع اليها كسوتها فأرادت بيعها او التصدق بها وكان ذلك يضر بها او يخل بتجملها بها او بسترتها لم تملك ذلك كما لو أرادت الصدقة بقوتها على وجه يضر بها وان لم يكن في ذلك ضرر احتمل الجواز لانها تملكها فأشبهت النفقة ، واحتمل المنع لان له استرجاعها لو طلقها في احد الوجهين بخلاف النفقة

(فصل) والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى

إنه ينتفي عنه أو قلنا انه ينتفي بزوال الفراش وان قلنا لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه وقلنا انه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لان ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن، فان نفى الحمل فانفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمه النفقة وأجر المسكن والرضاع لانها فعلت ذلك على أنه لا أب له فاذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فان قيل النفقة لأجل الحمل نفقة الاقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف يرجع عليه بما يسقط عنه ؟ قلنا بل النفقة للحامل لاجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة وان سلمنا أنها للحمل إلا أنها مصروفة اليها ويتعلق به حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها

﴿مسألة﴾ (فان طلق زوجته ولم ينفق عليها يظنها حائلا ثم تبين أنها كانت حاملا فعليه نفقة ما مضى) لانا تبينا استحقاقها له فرجعت به عليه كالدين

﴿ مسألة ﴾ (وان أنفق عليها يظنها حاملا وبانت حائلا مثل من ادعت الحمل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم أريت القوابل بعد ذلك)

لان الحمل يتبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل ليست حاملا رجع عليها بما أنفق لانها أخذت منه مالا تستحق فرجع عليها كما لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها ، وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع بشيء لانه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده وان علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لانها أخذت النفقة مع علمها ببراءته منها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه ، وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجع عليها

(مسئلة) قال (فاذا منعها ولم تجد ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

وجملته ان الرجل اذا منع امرأته النفقة لعسرته وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ومالك ويحيى القطان وعبد الرحمن بن مهدي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى انها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين . وقال العنبري يحبس الى ان ينفق

ولنا قول الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فيتعين التسريح . وروى سعيد عن سفيان عن ابن أبي الزناد قال سألت سعيد ابن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم قال سنة ؟ قال سنة وهذا ينصرف الى سنة رسول الله ﷺ . قال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى، ولانه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لانه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى، اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار وهذا أحد قولي الشافعي وقال حماد بن

بالزيادة ويرجع في مدة العدة اليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها فان قالت قد ارتفع حيضي فلم أدر ما رفعه فعدتها سنة ان كانت حرة، وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وان قالت لا أدري متى آخرها رجعنا إلى عادتها فحسبنا لها بها وان قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لانه اليقين، وان قالت عادتي تختلف ولا أعلم رددناها إلى غالب عادات النساء في كل شهر قرء كما رددنا المتحيرة إلى ذلك في أحكامها كذلك هذه، فان بان أنها حامل من غيره مثل أن تلده لأكثر من أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لانه من غيره وان كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فان كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة إلى انقضائها وان حملت في اثناء عدتها فلها النفقة إلى الوطء الذي حملت منه ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها وان وطئها زوجها في المدة الرجعية حصلت الرجعة ، وان قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها، وان وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطىء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة له عليه من أجله وان جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه النسب وفي وجوب النفقة عليه روايتان

أبي سليمان يؤجل سنة قياساً على العنين وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثا لانه قريب

ولنا ظاهر حديث عمر ولانه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب ولان سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير

(فصل) وان لم يجد النفقة الا يوما بيوم فليس ذلك اعساراً يثبت به الفسخ لان ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه، وان وجد في أول النهار مايغديها وفي آخره مايعشيها لم يكن لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها وما يقوم به بدنها وإن كان صانعاً يعمل في الاسبوع بما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الاسبوع كله لم يثبت الفسخ لان هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وان تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لانه يمكن الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ لان ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وان مرض مرضا يرجى زواله في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وان كان ذلك يطول فلها الفسخ لان الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك ان كان لايجد من النفقة الا يوما دون يوم فلها الفسخ لانها لايمكنها الصبر على هذا ويكون بمثابة من لايجد الا بعض القوت

﴿مسألة﴾ (وهل تجب النفقة للحامل لحملها اولها من أجله ؟ على روايتين)

(إحداهما) تجب للحمل اختارها أبو بكر لانها تجب بوجوده وتسقط عند انقضائه فدل على أنها له (والثانية) تجب لها من أجله لانها تجب مع اليسار والاعسار فكانت لها كنفقة الزوجات ولانها لاتسقط بمضي الزمان فاشبهت نفقتها في حياته وللشافعي قولان كالروايتين. وينبني على هذا الاختلاف فروع (منها) أنها إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لانه ملكه وان قلنا لها فعلى الزوج لان نفقتها عليه ، وان كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقة لانه لايلزمه نفقة ولده ، وان قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا وان كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطيء لانه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع ، وان قلنا للحامل فلا نفقة عليه لانها ليست زوجة يجب الانفاق عليها، وان نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها لان نفقة ولده لاتسقط بنشوز أمه وان قلنا لها فلا نفقة لها لانها ناشز

(فصل) ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوما فيوما كما يلزمه دفع نفقة الرجعية وقال الشافعي في أحد قوليه لايلزمه دفعها اليها حتى تضع لان الحمل غير متحقق ولهذا اوقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى (وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) ولانها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليها كالرجعية وماذكره لايصح فان الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمتحقق، ولايشبه هذا الميراث فان الميراث لايثبت بمجرد الحمل فانه يشترط له الوضع والاستهلال بعد

وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لا يقوم بما دونها وان أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لها لان تلك الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها ويقوم البدن بما دونها وان أعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها خيار لما ذكرنا وكذلك ان أعسر بالادم، وان أعسر بالكسوة فلها الفسخ لان الكسوة لا بد منها ولا يمكن الصبر عنها ولا يقوم البدن بدونها، وان أعسر بأجرة مسكن ففيه وجهان (أحدهما) لها الخيار لانه مما لا بد منه فهو كالنفقة والكسوة (والثاني) لا خيار لها لان البنية تقوم بدونه وهذا الوجه هو الذي ذكر القاضي، وان أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فأشبهت سائر الديون

(الحال الثاني) أن يمتنع من الانفاق مع يساره فان قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها لان النبي ﷺ أمر هنداً بالاخذ ولم يجعل لها الفسخ وان لم تقدر رافعته الى الحاكم فيأمره بالانفاق ويجبره عليه فان أبى حبسه فان صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله فان لم يجد الا عروضا أو عقاراً باعها في ذلك، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا الا بتسليم لان بيع مال الانسان لا ينفذ الا باذنه أو اذن وليه ولا ولاية على الرشيد

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي ما يكفيك» ولم يفرق ولان ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم

الوضع ولا يوجد ذلك قبله ولانا لا نعلم صفة الحمل ووجود شرط توريثه بخلاف مسئلتنا فان النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه. إذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع اليها فان كان حملا فقد استوفت حقها وان بان أنها ليست حاملا رجع عليها سواء دفع اليها بحكم حاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشرط وعنه لا يرجع، والصحيح الاول لانه دفعه على أنه واجب فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين، وان أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لانها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال غالباً أشبه الرضاع وقد ثبت الاصل بالخبر المذكور

﴿مسئلة﴾ (واما المتوفى عنها زوجها فان كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة في مدة العدة لان النكاح قد زال بالموت وان كانت حاملا ففيها روايتان)

(إحداهما) لها السكنى والنفقة لانها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة (والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لانه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي وهذه الرواية أصح

(فصل) ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها

والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وان تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والاخذ من المال عند امتناعه وان لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الاخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك اذا لم تجد ما تنفق سواه وينفق على المرأة يوما بيوم ، وبهذا قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر

ولنا أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها نفقة زيادة من شهر

[فصل] وان غيب ماله وصبر على الحبس ولم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على اخذ النفقة من مال الغائب فلها الخيار في الفسخ في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي الخطاب ، واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الفسخ في المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد هنا ولان الموسر في مظنة امكان الاخذ من ماله ، واذا امتنع في يوم فربما لا يمتنع في الغد بخلاف المعسر

ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع من الانفاق، ولان الانفاق عليها من ماله يتعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا أولى بالفسخ فانه اذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ولان في الصبر

أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها وان كان بعده فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى ان كانت حائلا لانه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده اولى ، وان كانت حاملا فعلى ما ذكرنا فان قلنا لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق لانه إذا وجب بعد التفريق فقبله اولى، ومتى انفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها بشيء لانه ان كان عالما بعدم الوجوب فهو متطوع به وان لم يكن عالماً فهو مفرط فلم يرجع به كما لو انفق على أجنبية ، وكل معتدة من وطء من غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها ان كان يلحق الواطيء نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملا كانت اولا لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه

(فصل) ولا تجب على الزوج نفقة الناشز فان كان لها منه ولد اعطاها نفقة ولدها، والنشوز معصيتها اياه فيما يجب عليها مما أوجبه الشرع بسبب النكاح ، فمتى امتنعت من فراشه أو من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو خرجت من منزله بغير اذنه أو ابت السفر معه إذا لم تشترط بلدها فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم منهم الشعبي وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وقال الحكم لها النفقة قال ابن المنذر ولا أعلم أحدا خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بان نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها

ولنا ان النفقة انما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها اليه ولانه إذا منعها النفقة

ضرراً أمكن ازالته بالفسخ فوجبت ازالته ، ولانه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين الموسر والمعسر كما اذا أدى ثمن المبيع فانه لافرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن، وعيب الاعسار انما جوز الفسخ لتعذر الانفاق بدليل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له انسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ وقولهم انه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا قلنا وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله وأن يقترض أو يعطى ماينفقه فاستويا

(فصل) ومن وجبت عليه نفقة امرأته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فان كانت موسرة فله ذلك لان من عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء ، وهذا من ماله ، وان كانت معسرة لم يكن له ذلك لان قضاء الدين انما يجب في الفاضل من قوته ، وهذا لا يفضل عنها ، ولان الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيجب انظارها بما عليها

(فصل) وكل موضع ثبت لها الفسخ لاجل النفقة لم يجز الا بحكم الحاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر الى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له التفريق الا أن تطالب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه وبهذ قال الشافعي وابن المنذر

كان لها منعه التمكين فكذلك إذا منعته التمكين كان له منعها النفقة كما قبل الدخول، ويخالف المهر فانه يجب بمجرد العقد وكذلك لو مات احدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة فاما نفقة ولدها منه فهي واجبة عليه فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه دفعها اليها إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة وكذلك اجر رضاعها يلزمه تسليمه اليها لانه اجر ملكته عليه بالارضاع لا في مقابلة الاستمتاع فلا يزول بزواله

(فصل) وإذا سقطت نفقتها بالنشوز فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها وان كان غائبا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الامكان ،ولو ارتدت سقطت نفقتها فان عادت إلى الاسلام عادت بمجرد عودها لان المرتدة انما سقطت نفقتها لخروجها عن الاسلام فاذا عادت اليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته وكذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها وهو غائب لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ههنا

(فصل) إذا خالعت المرأة زوجها وهي حامل ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كالمطلقة ثلاثا وهي حامل لان الحمل ولده فعليه نفقته وان ابرأته من الحمل عوضا في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه في الخلع وذكرنا الخلاف فيه ولا تبرأ حتى تفطمه إذا كانت قد ابرأته من نفقة

وقال مالك هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر في عدتها لانه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولي وامرأته اذا امتنع من الفيئة والطلاق

ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب لها عليه أشبهت فرقة العنة، فاما ان أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة فان راجعها وهو معسر أو امتنع من الانفاق عليها ولم يمكن الاخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لان المقتضى له باق أشبه ماقبل الطلاق

[فصل] وان رضيت بالمقام معه مع عسرته أو ترك انفاقه ثم بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك انفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك، وبهذا قال الشافعي وقال القاضي ظاهر كلام احمد ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لانها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيناً عالمة بعنته أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنينا

ولنا أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم فيتجدد لها الفسخ ولا يصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع ولذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطتها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط واذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به، وان أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لاعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ لان وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة ولو

الحمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لان البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لان المطلق إذا كان له عرف انصرف اليه، وان اختلفا في مدة الرضاع انصرف الى حولين لقول الله سبحانه (وفصاله في عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) ثم قال تعالى (فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما) فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل الحولين إلا بتراض منهما وتشاور، وان قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدراه وهو اولى لانه اقطع للنزاع وابعد من اللبس والاشتباه، ولو ابرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك الى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي انما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لانها في حكم المالكة لها لانها التي تقبضها وتستحقها وتتصرف فيها فانها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي اجر رضاعها اياه وهي الآخذة لها المتصرفة فيها فصارت كملك من املاكها فصح جعلها عوضا، فاما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح ان تعاوض به في الخلع لانه ليس هو لها ولا في حكم ماهو لها

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويجب دفع النفقة اليها في صدر نهار كل يوم وذلك إذا طلعت الشمس)

تزوجته عالمة باعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي ان لاتملك الفسخ باعساره به لانها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط

(فصل) اذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لانه لم يسلم اليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع لم يجب تسليمه اليه وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ماتنفقه على نفسها لان في حبسها بغير نفقة اضرارا بها، ولو كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه انما يملك حبسها اذا كفاها المؤنة وأغناها عما لابد لها منه ولحاجته الى الاستمتاع الواجب عليها فاذا انتفى الامران لم يملك حبسها

(فصل) ومن ترك الانفاق الواجب لامرأته مدة لم يسقط بذلك وكان ديناً في ذمته سواء تركه لعذر او غير عذر في أظهر الروايتين وهذا قول الحسن ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر والرواية الاخرى تسقط نفقتها مالم يكن الحاكم قد فرضها لها وهذا مذهب ابي حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها اذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ، لان نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها فتسقط كنفقة الاقارب

ولنا ان عمر رضي الله عنه كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى ولأنها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضي

لانه أول وقت الحاجة فان اتفقا على تأخيرها أو تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة جاز لان الحق لها لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيره ما اتفقا عليه كالدين ولاخلاف بين أهل العلم في هذا فيما علمنا

﴿مسألة﴾ (فان طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر)

لانه طلب غير الواجب فلم يلزم الآخر لانها معاوضة فلا يجبر عليها واحد منهما كالبيع ، وإن تراضيا على ذلك جاز لانه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض

﴿مسألة﴾ (وعليه كسوتها في كل عام مرة)

لانه العادة ويكون الدفع اليها في أوله لانه أول وقت الوجوب

﴿مسألة﴾ (فاذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها)

إذا تلفت الكسوة أو سرقت بعد قبضها لم يلزمه عوضها لأنها قبضت حقها فلم يلزمه غيره كالدين إذا وفاها إياه ثم ضاع منها

﴿مسألة﴾ (وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الاخرى ويحتمل أن لا يلزمه)

وجملة ذلك أنه إذا دفع اليها كسوة العام برىء منها كما إذا دفع اليها نفقة اليوم فان بليت قبل ذلك لكثرة خروجها ودخولها أو استعمالها لم يلزمه ابدالها لانه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في

الزمان كأجرة العقار والديون ، قال ابن المنذر هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ولا يزول ماوجب بهذه الحجج الا بمثلها ، ولانها عوض واجب فأشبهت الاجرة وفارق نفقة الاقارب فانها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لتزجية الحال فاذا مضى زمنها استغني عنها فأشبه مالو استغنى عنها بيساره وهذه بخلاف ذلك . اذا ثبت هذا فانه ان ترك الانفاق عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وان تركها لاعساره لم يلزمه الا نفقة المعسر لان الزائد سقط باعساره

[فصل] ويصح ضمان النفقة ماوجب منها وما يجب في المستقبل اذا قلنا انها تثبت في الذمة ، وقال الشافعي يصح ضمان ماوجب وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ومبنى الخلاف على ضمان مالم يجب اذا كان مآله الى الوجوب فعندنا يصح وعندهم لا يصح وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان

[فصل] وان أعسر بنفقة الخادم أو الادم أو المسكن ثبت ذلك في ذمته وبهذا قال الشافعي وقال القاضي لا يثبت لانه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزائد عن الواجب عليه

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً وفارق الزائد عن نفقة المعسر فانه يسقط بالاعسار

العرف ، وإن مضى الزمان الذي يلي في مثله بالاستعمال ولم يبل فهل يلزمه بدلها؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه لانها غير محتاجة إلى الكسوة (والثاني) يلزمه لان الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ولو أهدى اليها كسوة لم تسقط كسوتها وكذلك لو أهدى اليها طعام فأكلته وبقي قوتها الى الغد لم يسقط قوتها فيه

﴿ مسئلة ﴾ (وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة؟ على وجهين)

(أحدهما) له الرجوع لانه دفعها للزمان المستقبل فاذا طلقها قبل مضيه كان له استرجاعها كما لو دفع اليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها (والثاني) ليس له الاسترجاع لانه دفع اليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع اليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلة .

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها فيجوز لها بيعها وهبتها والصدقة بها وغير ذلك)

لانها حقها فملكت التصرف فيه كسائر مالها فان عاد ذلك عليها بضرر في بدنها ونقص في استمتاعها فلا تملكه لانها تفوت حقه بذلك ، وكذلك الحكم في الكسوة في أحد الوجهين قياساً على النفقة واحتمل المنع لان له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة

(فصل) واذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم وبهذا قال ابو العالية ومحمد بن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم لانها أنفقت مالا تستحق وان فضل لها شيء فهو لها وان فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وان لم يكن لها شي من ذلك كان الفضل ديناً عليها والله أعلم

(فصل) وان أعسر الزوج بالصداق ففيه ثلاثة أوجه أصحها ليس لها الفسخ وهواختيار ابن حامد (والثاني) لها الفسخ وهو اختيار ابي بكر لأنه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها (والثالث) ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وان كان بعد الدخول لم تملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه مالو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه

ولنا أنه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالنفقة الماضية ، ولان تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسرا به وليس

﴿مسألة﴾ (وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة مامضى سواء تركها لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين) وبه قال الحسن والشافعي واسحاق وابن المنذر والرواية الاخرى تسقط ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها وهو مذهب أبي حنيفة لانها نفقة تجب يوما فيوما فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الاقارب ولان نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها أشبهت نفقة الاقارب

ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولانها حق يجب مع اليسار والاعسار فلم يسقط بمضي الزمان كأجرة العقار والديون قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والاجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج الا بمثلها وفارق نفقة الاقارب فانها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والاعسار ممن تجب له وجبت لتزجية الحال فاذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره وهذا بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا فانه إن ترك النفقة عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لاعساره لم يلزمه الا نفقة المعسر لان الزائد سقط بالاعسار

(فصل) والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى

(فصل) قال الشيخ رحمه الله إذا بذلت المرأة تسليم نفسها اليه وهي ممن يوطأ مثلها أو يتعذر

الاكثر أن من تزوج بمهر يكون موسراً به ولا يصح قياسه على النفقة لان الضرورة لاتندفع الا بها بخلاف الصداق فأشبه شي به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه واذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجها واحداً لأنها رضيت به كذلك وكذلك ان علمت عسرته بعد العقد فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لانها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت بعيبه .

(فصل) ونفقة الامة المزوجة حق لها ولسيدها لان كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما اسقاطها لان في سقوطها باسقاط أحدهما ضرراً بالآخر وان أعسر الزوج بها فلها الفسخ لانه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة وان لم تفسخ فقال القاضي لسيدها الفسخ لان عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فان أنفق عليها سيدها محتسباً بالرجوع في الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لان الدين خالص حقه لاحق لها فيه وانما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها بها بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لانها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعيب فان كانت معتوهة انفق المولى وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج وان كانت عاقلة قال لها السيد ان أردت النفقة فافسخي النكاح والا فلا نفقة لك عندي .

وطؤها لمرض أو حيض أو رتق أو نحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً يمكنه الوطء أو لا يمكنه كالمجبوب والعنين والمريض)

وجملته أن المرأة إذا بذلت تسليم نفسها وهي ممن يوطأ مثلها لزم زوجها نفقتها لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم

﴿ مسئلة ﴾ (وإن سلمت نفسها وهي ممن يتعذر وطؤها لرتق أو حيض أو نفاس أو لكونها نضوة الخلق لا يمكنه وطؤها لذلك أو لمرضها لزمته نفقتها أيضا وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها)

لان الاستمتاع ممكن ولا تفريط من جهتها وان منع من الوطء فان قيل فالصغيرة التي لا يمكن وطؤها إذا سلمت نفسها لا تجب نفقتها قلنا الصغيرة لها حال يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعا تاما والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء وكذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ولا يجب تسليم الصغيرة إذا طلبها فان قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب نفقتها فكذلك هؤلاء ، قلنا تلك متعة مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر، فان ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وان ادعت

(فصل) وان اختلف الزوجان في الانفاق عليها أو في تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لانها منكرة والاصل معها وان اختلفا في التمكين الموجب للنفقة أو في وقته فقالت كان ذلك من شهر فقال بل من يوم فالقول قوله لانه منكر والاصل معه وان اختلفا في يساره فادعته المرأة أو الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك فان عرف له مال فالقول قولها والا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور واصحاب الرأي وان اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهر فقالت بل منذ عام فالقول قوله، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان مقيما معها فالقول قوله، وان كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها الى الحاكم.

ولنا أن قوله يوافق الاصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لانها دعاو في المال فاشبهت دعوى الدين ولان النبي ﷺ قال «ولكن اليمين على المدعى عليه» وان دفع الزوج الى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به اليها فقالت انما فعلت ذلك تبرعا وهبة وقال بل وفاء للواجب علي فالقول قوله لانه أعلم بنيته أشبه مالو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته وان طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت

عيالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعها لانه موضع حاجة ويجوز النظر الى العورة للحاجة والشهادة.

﴿ مسئلة ﴾ (وان أسلمت نفسها وهي صغيرة وجبت عليه نفقتها اذا كانت كبيرة يمكن وطؤها)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا نفقة لها وهو قول مالك لان الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها فلم يلزمه نفقتها كما لو كانت صغيرة

ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرا ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهة الزوج فهو كما لو تعذر لغيبته بخلاف ما اذا كانت صغيرة فانها لم تسلم نفسها تسليما صحيحاً ولم تبذل ذلك وكذلك اذ كان يتعذر عليه الوطء اذا كان مريضا أو مجبوبا أو عنيناً لان التمكين وجد من جهتها وانما تعذر من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت اليه نفسها وهو كبير فهرب، اذا ثبت هذا فان الولي يجبر على نفقتها من مال الصبي لان النفقة عليه وانما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وزكواته

﴿ مسئلة ﴾ (فان كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسليمها اليه اذا طلبها)

وبهذا قال الحسن وبكر بن عبد الله المزني والنخعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو نص الشافعي وقال في موضع لو قيل لها النفقة كان مذهبا وهو قول الثوري لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها ولم يمنع وجوب النفقة كالمرض.

نفقتك ورجعتك وقالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لان الاصل بقاء النفقة وعدم المسقط لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لاقراره بعدمها وان رجع فصدقها فله الرجعة لانها مقرة له بها وان قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة وقالت بل وأنا حامل فالقول قوله لان الاصل بقاء الرجعة ولا نفقة لها ولاعدة عليها لانها حق الله تعالى فالقول قولها فيها وان عاد فصدقها سقطت رجعته ووجبت لها النفقة هذا في ظاهر الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلمه من حقيقة الامر دون ما قاله

(فصل) وان طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم ترى القوابل بعد ذلك لان الحمل يبين بعد ثلاثة اشهر الا ان تظهر براءتها من الحمل بالحيض او بغيره فتنقطع نفقتها كما تنقطع اذا قال القوابل ليست حاملا ويرجع عليها بما أنفق لانها اخذت منه ما لا تستحقه فرجع عليها كما لو ادعت عليه دينا وأخذته منه ثم تبين كذبها

وعن احمد رواية أخرى لا يرجع عليها لانه انفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد اذا تبين فساده. وان علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحداً لانها اخذت النفقة مع علمها ببراءتها كما لو اخذتها من ماله بغير علمه. وان ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها اكثر من مدة عدتها رجع عليها بالزيادة ويرجع في مدة العدة اليها لانها

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ما ذكروه وتفارق المريضة فان الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ولان من لا تمكن الزوج من نفسها لا تلزمه نفقتها فهذه أولى لان تلك يمكن الزوج قهرها ووطؤها كرهاً وهذه لا يمكن فيها ذلك بحال وعلى هذا لا يجب على الزوج تسلمها ولا تسليمها اليه إذا طلبها لانه لا يمكنه استيفاء حقه منها

(مسئلة) (وان بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله).

وجملة ذلك أن المرأة إذا بذلت التسليم والزوج غائب لم تستحق النفقة لانها بذلته في حال لا يمكنه التسلم فيه فان مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فان سار اليها أو وكل من يسلمها اليه فوصل وتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ وان لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول اليها وتسلمها فيه لان الزوج امتنع من تسلمها وإمكان ذلك وبذلها اياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً فاما ان غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن غيبته لانها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها

(فصل) فان سلمت الصغيرة التي يمكن وطؤها نفسها أو المجنونة فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وان

اعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها . فان قالت قد ارتفع حيضي ولم ادر مارفعه فعدتها سنة ان كانت حرة وان قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرت آخرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وان قالت لا أدري متى آخرها رجعنا الى عادتها فحسبنا لها بها . وان قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر انقضت العدة بالاقصر لانه اليقين وان قالت عادتي تختلف ولا اعلم رددناها الى غالب عادات النساء في كل شهر قرء لأنا رددنا المتحيرة الى ذلك في احكامها فكذلك هذه . وان بان انها حامل من غيره مثل أن تلده بعد اربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لانه من غيره. وان كانت رجعية فلها النفقة في مدة عدتها فان كانت انقضت قبل حملها فلها النفقة الى انقضائها وان حملت في أثناء عدتها فلها النفقة الى الوطء الذي حملت ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها . وان وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة وان قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها . وان وطئها بعد انقضاء عدتها او وطيء البائن عالماً بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة عليه من اجله وان جهل بينونتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه نسبه ،وفي وجوب النفقة عليه روايتان

لم يتسلمها لمنعها نفسها أو لمنع أوليائها فلا نفقة لها عليه كالكبيرة وان غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم لان وليها يقوم مقامها وان بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم لها نفقة لانه لا حكم لكلامها

(مسئلة) (وان منعت نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها وان تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطالب فلا نفقة لها وان طال مقامها على ذلك)

فان النبي ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولان النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فاذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً

(فصل) ولو بذلت تسليمها غير تام بان تقول أسلم اليك نفسي في منزلي دون غيره أو في المنزل الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا ان تكون قد اشترطت ذلك في العقد لانها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع اسلم اليك السلعة على ان تتركها في موضعها أو في مكان بعينه فان شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لانها فعلت الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد امته المزوجة في الليل دون النهار استحقت النفقة بخلاف الحرة فانها لو بذلت نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئاً لانها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك ان امكنته من استمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً كذلك

(مسئلة) (إلا ان تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها)

(مسئلة) قال (ويجبر الرجل على نفقة والديه وولده الذكور والاناث اذا كانوا فقراء وكان له ما ينفق عليهم)

الاصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقول الله تعالى [فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن] أوجب اجر رضاع الولد على أبيه . وقال سبحانه (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال سبحانه (وقضى ربك أن لاتعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا) ومن الاحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه . وروت عائشة ان النبي ﷺ قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » رواه أبو داود . وأما الاجماع فحكى ابن المنذر قال أجمع اهل العلم على ان نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة اولاده الاطفال الذين لا مال لهم . ولان ولد الانسان بعضه وهو بعض والده فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله

اذا ثبت هذا فان الام تجب نفقتها ويجب عليها أن تنفق على ولدها اذا لم يكن له اب وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه لا نفقة عليها ولا لها لانها ليست عصبة لولدها

وجملة ذلك ان المرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لان تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي الى ان يتسلم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا سلمه المشتري ثم اعسر بالثمن فانه يمكنه الرجوع فيه فلهذا الزمناه تسليم صداقها اولا وجعلنا لها ان تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لانه إذا سلم اليها الصداق ثم امتنعت من التسليم أمكن الرجوع فيه . إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لانها امتنعت لحق فان قيل فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمه نفقتها ، قلنا الفرق بينهما ان امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الامتناع لصغر وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه ما وجب عليه فاشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فانه لا يسقط نفقتها عنه ولو تعذر لصغرها لم يلزمه نفقتها

﴿مسئلة﴾ (وان كان بعد الدخول فكذلك في أحد الوجهين قياساً على ماقبل الدخول (والثاني) ليس لها ذلك كما لو سلم المبيع إلى المشتري ثم أراد منعه بعد ذلك)

﴿مسئلة﴾ (فاما الصداق المؤجل فليس لها منع نفسها حتى تقبضه كالثمن المؤجل في البيع وقد ذكرنا هذه المسائل في كتاب الصداق بابسط من هذا وذكرنا الخلاف فيها فاختصرنا ههنا)

﴿مسئلة﴾ (وان سلمت الامة نفسها ليلا أو نهاراً فهي كالحرة في وجوب النفقة)

وجملة ذلك ان زوج الامة لا يخلو اما ان يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فان كان حراً فنفقتها

ولنا قوله سبحانه (وبالوالدين احسانا) وقال النبي ﷺ لرجل سأله من أبر ؟ قال « أمك ثم امك ثم امك ثم اباك ثم الاقرب فالاقرب» رواه أبوداود .ولانها أحد الوالدين وأشبهت الاب ، ولان بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العتق فأشبهت الاب .فان اعسر الاب وجبت النفقة على الام ولم ترجع بها عليه ان ايسر . وقال ابو يوسف ومحمد ترجع عليه . ولنا ان من وجب عليه الانفاق بالقرابة لم يرجع به كالاب

[فصل] ويجب الانفاق على الاجداد والجدات وان علوا وولد الولد وإن سفلوا وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي. وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لان الجد ليس بأب حقيقي

ولنا قوله سبحانه (وعلى الوارث مثل ذلك) ولانه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فيدخل فيه ولد البنين وقال [ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد] وقال [ملة أبيكم ابراهيم] ولان بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالد القريبين

[فصل] ويشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط [احدها] أن يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن انفاق غيرهم فان كانوا موسرين بمال او كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة

عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على ازواجهن البالغين والامة داخلة في عموم ولانها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة ، وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته كذلك ،قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان على العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال أصحاب الرأي إذا بوأها بيتاً، وحكي عن مالك أنه قال ليس عليه نفقتها لان النفقة مواساة وليس هو من أهلها وكذلك لايجب عليه نفقة اقاربه ولازكاة ماله

ولنا أنه عوض واجب في النكاح فوجب على العبد كالمهر، والدليل على أنها عوض أنها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وبذلك فارقت نفقة الاقارب. إذا ثبت وجوبها على العبد فانها تلزم سيده لان السيد أذن في النكاح المفضي إلى ايجابها، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أنها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لانه لم يمكن ايجابها في ذمته ولارقبته ولاذمة سيده ولا اسقاطها فلم يبق إلا ان تتعلق بكسبه، وقال القاضي تتعلق برقبته لان الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وارش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي

ولنا أنه دين اذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله وقولهم انه في مقابلة الوطء لايصح فانه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وانما تجب بالتمكين وليس

(الثاني) أن تكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فضلا عن نفقة نفسه اما من ماله واما من كسبه . فأما من لايفضل عنه شيء فليس عليه شيء لما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال «اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته » وفي لفظ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » حديث صحيح

وروى ابو هريرة ان رجلا جاء الى النبي ﷺ فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك - قال عندي آخر قال - تصدق به على ولدك - قال عندي آخر قال - تصدق به على زوجك - قال عندي آخر قال - تصدق به على خادمك - قال عندي آخر قال - أنت أبصر » رواه ابو داود ، ولانها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة

(الثالث) أن يكون المنفق وارثاً لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فان لم يكن وارثاً لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة لذلك ، وان امتنع الميراث مع وجود القرابة لم يخل من ثلاثة أقسام :

(أحدها) ان يكون أحدهما رقيقاً فلا نفقة لأحدهما على صاحبه بغير خلاف لانه لاولاية بينهما ولا ارث فأشبه الاجنبيين ، ولان العبد لامال له فتجب عليه النفقة وكسبه لسيده ونفقته على سيده فيستغني بها عن نفقة غيره

ذلك بجناية ولاقائم مقامها، وقول من قال انه تعذر ايجابها في ذمة السيد غير صحيح فانه لا مانع من ايجابها وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر

﴿مسألة﴾ (وان كانت تأوي اليه ليلا وعند السيد نهاراً فعلى كل واحد منهما النفقة بقدر مقامها عنده)

وقد تقدم ذكر هذه المسألة ، وقد ذكرنا ان النفقة تجب في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فيجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم أنها مملوكته ولم تجب نفقتها على غيره في هذا الزمن ، فعلى هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لانها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة إذا بذلت نفسها في زمن دون غيره

ولنا أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا امكنت من نفسها في غير اوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فانها لم تبذل الواجب فتكون ناشزا وهذه ليست ناشزا ولا عاصية

(فصل) وإذا طلق الامة طلاقا رجعيا فلها النفقة في العدة لانها زوجة فان ابانها وهي حائل فلا نفقة لها لانها لو كانت حرة لم تجب لها نفقة فالامة أولى وان كانت حاملا فلها النفقة لقول الله تعالى

(الثاني) أن يكون دينهما مختلفاً فلا نفقة لاحدهما على صاحبه وذكر القاضي في عمودي النسب روايتين (احداهما) تجب النفقة مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لانها نفقة تجب مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوكة ولأنه يعتق على قريبه فيجب عليه الانفاق عليه كما لو اتفق دينهما

ولنا انها مراساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ولانهما غير متوارثين فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقته بالقرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتفارق نفقة الزوجات لانها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافيها اختلاف الدين كالصداق والاجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما او في أحدهما ، وكذلك نفقة المماليك والعتق عليه يبطل بسائر ذوي الرحم المحرم فانهم يعتقون مع اختلاف الدين ولا نفقة لهم معه ، ولان هذه صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته اليه وعقله عنه وارثه منه

(الثالث) ان يكون القريب محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه فينظر فان كان الاقرب موسراً فالنفقة عليه ولا شيء على المحجوب به لان الاقرب أولى بالميراث منه فيكون أولى بالانفاق وان كان الاقرب معسراً وكان من ينفق عليه من عمودي النسب وجبت نفقته على الموسر . ذكر القاضي في أب معسر وجد موسر ان النفقة على الجد ، وقال في ام معسرة وجدة موسرة النفقة على

(وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) نص على هذا أحمد وبه قال إسحاق وقد ذكرنا في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل؟ على روايتين عن أحمد رحمه الله إحداهما أنها للحمل فعلى هذا لا تجب المملوكة الحامل البائن لان الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وعلى الرواية الاخرى تجب وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

(فصل) فان كان المطلق عبداً فطلقها طلاقاً ثانياً وهي حامل انبنى وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك وروي ذلك عن الشعبي لانه لا يجب عليه نفقة ولده وان قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الاوزاعي للآية ولانها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً

(فصل) والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وباقيها على سيده أو في ضريبته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد القن ، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسرا فنفقة الموسرين وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي يجب فيه نفقة المعسرين ، لان النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات وما لا يتبعض فهو فيه كالعبد لان الحرية إما شرط فيه أو سبب له ولم يكمل وهذا اختيار المزني ، وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع إلحاقا لأحد الحكمين بالآخر .

الجدة وقد قال أحمد لا يدفع الزكاة الى ولد ابنته لقول النبي ﷺ « ان ابني هذا سيد » فسماه ابنه وهو ابن ابنته ، واذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم وهذا مذهب الشافعي ، وان كان من غير عمودي النسب لم تجب النفقة عليه اذا كان محجوبا قال القاضي وأبو الخطاب في ابن فقير وأخ موسر لا نفقة عليهما لان الابن لا نفقة عليه لعسرته . والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ، ولان قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له فاذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم ويتخرج في كل وارث لولا الحجب اذا كان من يحجبه معسراً وجهان :

[أحدهما] لا نفقة عليه لأنه ليس بوارث أشبه الاجنبي [والثاني] عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للارث والانفاق والمانع من الارث لا يمنع من الانفاق لأنه معسر لا يمكنه الانفاق فوجوده بالنسبة الى الانفاق كعدمه

[فصل] فأما ذوو الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فان كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه احمد فقال الخالة والعمة لا نفقة عليهما ، قال القاضي لا نفقة لهم رواية واحدة وذلك لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فان المال يصرف اليهم اذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم وقال أبو الخطاب يخرج فيهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض لانهم

ولنا أنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض

(فصل) وحكم المكاتب في نفقة الزوجات حكم العبد القن لانه عبد ما بقي عليه درهم ويجب عليه نفقة زوجته من كسبه ، لان نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والاعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ، ولان نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لان نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى

﴿ مسئلة ﴾ (وإذا نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه أو تطوعت بحج أو صوم أو احرمت بحج منذور في الذمة بغير إذنه فلا نفقة لها)

لا تجب نفقة الناشز في قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر لا نعلم أحداً خالف فيه إلا الحكم ولعله قاسه على المهر ولا يصح القياس ، لان النفقة وجبت في مقابلة التمكين من نفسها فاذا لم يوجد منها التمكين لا تستحقها بخلاف المهر فانه يجب بمجرد العقد ، وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة وقد ذكرناه ، فأما إذا سافرت المرأة بغير اذن زوجها فان نفقتها تسقط لانها ناشز وكذلك ان انتقلت من منزله بغير إذنه وان سافرت في حاجة نفسها باذنه سقطت نفقتها ، ذكره الخرقي لانها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء أربها فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافراً

وارثون في تلك الحال قال ابن أبي موسى هذا يتوجه على معنى قوله والاول هو المنصوص عنه فأما عمود النسب فذكر القاضي مايدل على أنه يجب الانفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الارحام كأب الام وابن البنت أومن غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية وتقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وان سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الاب لادنى .

(فصل) ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الاحكام في ظاهر المذهب ، وظاهر كلام الخرقي فانه أوجب نفقتهم مطلقا اذا كانوا فقراء وله ماينفق عليهم ، وقال القاضي لايشترط في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين (احداهما) تلزمه نفقته لانه فقير (والثانية) ان كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزمه نفقته وهذا القول يرجع الى أن الذي لايقدر على كسب مايقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الاحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وانما الروايتان فيمن لاحرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه وقال الشافعي يشترط نقصانه اما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة ، وقال أبو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج ونحوه قال مالك الا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لانفقة لهن وان طلقن ولو طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحاً ولانه

معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لانها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة، ويحتمل أن لاتسقط نفقتها وان لم يكن معها لانها مسافرة باذنه أشبه مالو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها للتجارة أو حج تطوع أو زيارة وان أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لانها في معنى المسافرة فان أحرمت به باذنه فقال القاضي لها النفقة والصحيح أنها كالمسافرة لانها باحرامها مانعة له من التمكين

﴿ مسألة ﴾ (وان بعثها في حاجته فهي على نفقتها)

لانها سافرت في شغله ومراده وان أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لانها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كصيام رمضان، وان قدمت الاحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مثل مافي المحرمة بحج التطوع لانها فوتت عليه التمكين بشيء تستغني عنه ، فان اعتكفت فالقياس أنه كسفرها ان كان بغير اذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير اذنه فيما ليس واجباً باصل الشرع وان كان باذنه فلا نفقة لها على قول الخرقي وعند القاضي لها النفقة، وان صامت رمضان لم تسقط نفقتها لانه واجب مضيق باصل الشرع لايملك منعها منه فهو كالصلاة، ولانه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه ، وان كان تطوعا لم تسقط

والدأو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كالو كان زمنا أو مكفوفا فاما الوالد فان أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً اذا لم يكن ذا كسب وللشافعي في ذلك قولان ولنا أنه والد محتاج فأشبه الزمن

[فصل] ومن كان له أب من أهل الانفاق لم تجب نفقته على سواه لان الله تعالى قال [فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وقال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن] وقال النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة على أبيهم دونها ولا خلاف في هذا نعلمه الا أن لاصحاب الشافعي فيما اذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين [أحدهما] ان النفقة على الاب وحده [والثاني] عليهما جميعاً لتساويهما في القرب

ولنا أن النفقة على الاب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ماعداه

(فصل) ويلزم الرجل اعفاف ابنه اذا احتاج الى النكاح وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في اعفاف الاب الصحيح ، وجه آخر أنه لايجب ، وقال أبو حنيفة لايلزم الرجل اعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لان ذلك من أعظم الملاذ فلم تجب للاب كالحلواء ولانه أحد الابوين فلم يجب ذلك له كالام

ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلواء لانه

نفقتها لانها لم تأت مايمنعه من استمتاعها فانه يمكنه تفطيرها ووطؤها إلا أن يريد ذلك منها فتمنعه فتسقط نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب .

(مسئلة) (وان أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين)

(أحدهما) لها النفقة ، ذكره القاضي لان أحمد نص على أنه ليس له منعها (والثاني) أنه ان كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر باذنه لم تسقط نفقتها لانه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب اذن في سببه وان كان النذر في نكاحه بغير اذنه فلا نفقة لها لانها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها اليه وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت باذنه فلها النفقة لانها أدت الواجب باذنه فأشبه مالو صامت المعين باذنه في وقته وان صامت بغير اذنه فقال القاضي لا نفقة لها لانها يمكنها تأخيره فانه على التراخي وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وان كان وقته مضيقاً مثل ان قرب رمضان آخر فعليه نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان

(مسئلة) (وان اختلفا في نشوزها فادعى أنها نشزت وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها) لان الاصل عدم النشوز

(مسئلة) (وكذلك ان ادعى تسليم النفقة اليها فأنكرته فالقول قولها كذلك)

لايستضر بفقدها وانما يشبه الطعام والادم، وأما الام فانما اعفافها بتزويجها اذا طلبت ذلك وخطبها كفؤها ونحن نقول بوجوب ذلك عليه وهم يوافقوننا في ذلك. اذا ثبت هذا فانه يجب اعفاف من لزمت نفقته من الآباء والاجداد فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب الا أن يكون أحدهما من جهة الاب والآخر من جهة الام فيقدم الذي من جهة الاب وان بعد لانه عصبة، والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الانفاق والاستحقاق

(فصل) واذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه حرة، وان شاء ملكه أمة أو دفع اليه مايتزوج به حرة أو يشتري به أمة، وليس للاب التخيير عليه الا أن الاب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الاب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤاً وعين الاب كفؤاً يقدم تعيينها، وان اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الاكثر لانه انما يلزم أقل ماتحصل به الكفاية ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لااستمتاع فيها وليس له أن يزوجه أمة لان فيه ضرراً عليه وهو ارقاق ولده والنقص في استمتاعه، وان رضي الاب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة، واذا زوجه زوجة او ملكه أمة فعليه نفقته ونفقتها، ومتى أيسر الاب لم يكن للولد استرجاع مادفعه اليه ولا عوض مازوجه به لانه دفعه اليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة، وان زوجه

(مسئلة) (وان اختلفا في بذل التسليم فقالت بذلت لك تسليم نفسي فأنكرها فالقول قوله) لانه منكر والأصل عدم التسليم

(فصل) وان أعسر الزوج بنفقتها أو بعضها أو بالكسوة خيرت بين فسخ النكاح والمقام وتكون النفقة ديناً في ذمته، وعن أحمد مايدل على أنها لاتملك الفسخ باعساره والاول المذهب، اذا لم يجد الرجل نفقة امرأته لعسرته وعدم ماينفقه خيرت بين الصبر عليه وبين فراقه روي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبدالعزيز وربيعة وحماد ومالك وعبدالرحمن بن مهدي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وعن أحمد أنها لاتملك الفسخ بالاعسار والاول المذهب وذهب عطاء والزهري وابن شبرمة وأبو حنيفة وصاحباه الى أنها لاتملك فراقه بذلك ولكن يرفع يده عنها لتكتسب لانه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين، وقال العنبري يحبس الى أن ينفق

ولنا قول الله تعالى (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكا بمعروف فتعين التسريح، وروى سعيد عن سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لايجد ماينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال نعم قلت سنة قال سنة؟ وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ قال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بان ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة مامضى، ولانه اذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء

أو ماـكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الامة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لانه فوت ذلك على نفسه وان ماتتا فعليه اعفافه ثانياً لانه لا صنع له في ذلك

(فصل) قال أصحابنا وعلى الاب إعفاف ابنه اذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا الى اعفافه وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجب ذلك عليه ، ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه اعفافه عند حاجته اليه كابيه قال القاضي وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم أو غيرهم لان احمد قد نص في العبد يلزمه أن يزوجه اذا طلب ذلك والا بيع عليه، وكل من لزمه اعفافه لزمته نفقة زوجته لأنه لا يتمكن من الاعفاف الا بذلك ، وقد روي عن احمد انه لا يلزم الاب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها

﴿ مسألة ﴾ قال (وكذلك الصبي اذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته على قدر ميراثهم منه)

ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه اذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن ابي ليلى وأبو ثور . وحكى بن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لا أب له ولا جد نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء وكذلك روى بكر بن محمد عن أبيه عن احمد النفقة على العصبات وبه قال الاوزاعي واسحاق وذلك لما

والضرر فيه أقل لانه انما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن الا بها أولى اذا ثبت هذا فانه متى ثبت الاعسار بالنفقة على الاطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير انظار ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال حماد بن أبي سليمان يؤجل سنة قياسا على العنين ، وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين ، وقال مالك الشهر ونحوه ، وقال الشافعي في القول الآخر يؤجل ثلاثا لانه قريب .

ولنا ظاهر حديث عمر رضي الله عنه ولانه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانظار فيه فأثبت الفسخ في الحال كالعيب ولان سبب الفسخ الاعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير

(فصل) فان لم يجد الا نفقة يوم بيوم فليس ذلك اعسارا يثبت به الفسخ ، لان ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه ، وان وجد في أول النهار مايغديها وفي آخره ما يعشيها لم يكن لها الفسخ لانها تصل الى كفايتها ومايقوم به بدنها وان كان صانعا يعمل في الاسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الاسبوع كله لم يثبت الفسخ ، لان هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وان تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لانه يمكنه الاقتراض الى زوال العارض وحصول الاكتساب وكذلك ان عجز عن الاقتراض أياما يسيرة ، ولان ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس ، وان مرض مرضا يرجى برؤه في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرناه وان كان ذلك يطول فلها الفسخ لان

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته . احتج به احمد وقال ابن المنذر روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء ، ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل . وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مالك والشافعي وابن المنذر لانفقة الا على المولودين والوالدين لان النبي ﷺ قال رجل سأله عندي دينار قال « أنفقه على نفسك - قال عندي آخر ؟ قال - أنفقه على أهلك - قال عندي آخر قال - أنفقه على خادمك - قال عندي آخر ؟ قال - أنت أعلم به » ولم يأمره بانفاقه على غير هؤلاء ، ولان الشرع انما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لايلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف — ثم قال — وعلى الوارث مثل ذلك) فأوجب على الاب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه فأوجب على الوارث مثل ماأوجب على الوالد

وروي أن رجلا سأل النبي ﷺ من أبر ؟ قال « أمك وأباك وأختك وأخاك » وفي لفظ « ومولاك الذي هو أدناك حقاً واجباً ورحماً موصولا » رواه أبو داود وهذا نص لان النبي ﷺ ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً وما احتج به ابو حنيفة حجة عليه فان اللفظ عام

الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك ان كان لايجد من النفقة الا يوماً دون يوم لانها لايمكنها الصبر على هذا فهو كمن لايجد الا بعض القوت وان أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لان البدن لايقوم بدونها فان أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلاخيار لها لان تلك الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها

﴿مسألة﴾ (وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته وترك المطالبة جاز)

لان الحق لها وتكون النفقة ديناً في ذمته ثم إن بدا لها الفسخ أو تزوجت معسراً عالمة بحاله راضية بعسرته وترك انفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن لها الفسخ فلها ذلك وبه قال الشافعي وقال القاضي : كلام أحمد أنه ليس لها الفسخ ويبطل خيارها في الموضعين وهو قول مالك لانها رضيت بعيبه ودخلت في العقد عالمة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عنيناً عالمة بعيبه أو قالت بعد العقد قد رضيت به عنيناً

ولنا أن وجوب النفقة تتجدد كل يوم فتجدد لها الفسخ ولا يصح اسقاط حقها فيما لم يجب لها كاسقاط شفعتها قبل البيع ، وكذلك لو أسقطت النفقة المستقبلة لم تسقط ولو أسقطها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط وإذا لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به وان أعسر بالمهر وقلنا لها الفسخ لاعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ لان وجوبه لم يتجدد بخلاف النفقة فان

في كل ذي رحم فيكون حجة عليه فيمن عدا ذا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الارث فكذلك في الانفاق . وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل انه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ولهذا لم يذكر الوالد والاجداد وأولاد الاولاد ، وقولهم لا يصح القياس قلنا انما أثبتناه بالنص ثم انهم قد ألحقوا أولاد الاولاد بالاولاد مع التفاوت فبطل ماقالوه إذا ثبت هذا فانه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الأرحام على ما مضى بيانه فان كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه احمد في رواية ابن زياد فقال يلزم الرجل نفقة عمته ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث ههنا لقول احمد العمة والخالة لا نفقة لها الا أن القاضي قال هذه الرواية محمولة على العمة من الام فانه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وقد ذكر الخرقي ان على الرجل نفقة معتقه لانه وارثه ومعلوم ان المعتق لا يرث معتقه ولا تلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه او لابيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح ان شاء الله لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث

تزوجته عالمة باعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا تملك الفسخ باعساره لانها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط .

(فصل) وإذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لانه لم يسلم اليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع لم يجب تسليمه اليه وعليه تخلية سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه عليها لان في حبسها بغير نفقة اضرارا بها ، وإن كانت موسرة لم يكن له حبسها لانه إنما يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ولحاجته إلى الاستمتاع الواجب له عليها فاذا انتفى الامران لم يملك حبسها

(مسئلة) (وإن أعسر بنفقة الخادم أو النفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط أو الادم فلا فسخ لها وتكون النفقة دينا في ذمته ، وقال القاضي تسقط)

إذا أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لانها دين يقوم البدن بدونها فاشبهت سائر الديون وكذلك إن أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط فلا فسخ لها لان الزيادة تسقط باعساره ويمكن الصبر عنها وكذلك إن أعسر بنفقة الخادم أو الادم كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ويثبت ذلك في ذمته ، وكذلك إن أعسر بالسكن وقلنا لا يثبت لها الفسخ)

وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي لا يثبت لانه من الزوائد فلم يثبت في ذمته كالزوائد عن الواجب عليه

« مسألة » قال (فان كان للصبي أم وجد فعلى الام ثلث النفقة وعلى الجد ثلثا النفقة)

وجملته انه اذا لم يكن للصبي أب فالنفقة على وارثه فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر ارثهما منه ، وان كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة بينهم على قدر ارثهم منه فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد لانهما يرثانه كذلك وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لأنه ينفرد بالتعصيب فأشبه الاب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن احمد أن النفقة على العصبات خاصة

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) والام وارثة فكان عليها بالنص ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به الجد دون الام كالوراثة

(فصل) وان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثاً كالميراث ، وقال ابو حنيفة النفقة عليهما سواء لانهما سواء في القرب ، وان كان ام وابن فعلى الام السدس والباقي على الابن ، وان كانت بنت وابن ابن فالنفقة بينهما نصفين ، وقال ابو حنيفة النفقة على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث النفقة على الابن لأنه العصبة ، وان كانت له ام وبنت فالنفقة بينهما أرباعا لانهما يرثانه كذلك ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي النفقة على البنت لانها تكون عصبة مع

ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً وهذا فيما عدا الزائد على نفقة المعسر فان ذلك يسقط بالاعسار

«مسألة» (وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ ؟ يحتمل وجهين)

إذا أعسر بأجرة المسكن فلها الخيار في أحد الوجهين لانه مما لا بد منه أشبه النفقة والكسوة (والثاني) لا خيار لها لان البينة تقوم بدونه ، وهذا الوجه الذي ذكره القاضي ، وإن أعسر بالصداق ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد (والثاني) لها الفسخ اختاره أبو بكر لانه أعسر بالعوض فكان لها الرجوع في المعوض كما لو أعسر بثمن مبيعها (والثالث) إن أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وان كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لان المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه وهذا المشهور في المذهب واختار شيخنا الرواية الاولى لانه دين فلم يفسخ النكاح للاعسار به كالنفقة الماضية ولان تأخيره ليس فيه ضرر مجحف فأشبه نفقة الخادم ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لان الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس هو المقصود في النكاح وكذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة تأخيره ولان أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسراً به وليس الاكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسراً به ولا يصح قياسه على النفقة لان الضرورة لاتندفع

أخيها ، وان كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين النفقة على ابن البنت لأنه ذكر

ولنا قول الله تعالى [وعلى الوارث مثل ذلك] فرتب النفقة على الارث فيجب أن تترتب في المقدار عليه وايجابها على ابن البنت بخلاف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلامعنى لايجابها عليه دون البنت الوارثة

(مسألة) قال (فان كانت جدة وأخا فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الاخ وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكما أن للجدة ههنا سدس الميراث فعليها سدس النفقة وكما أن الباقي للاخ فكذلك الباقي من النفقه عليه وعند من لايرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فان اجتمع بنت وأخت أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة أو أخت وأم أو بنت وبنت ابن أو أخت لابوين وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء كان في ا مسألة

إلا انها بخلاف الصداق فأشبه شيء به النفقة الماضية وللشافعي نحو هذه الوجوه ، وإذا قلنا لها الفسخ للاعسار به فتزوجته عالمة بعسرته فلا خيار لها وجها واحدا لانها رضيت به كذلك ، وكذا إن علمت عسرته فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ لانها رضيت باسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كالورضيت بعنته

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر زوج الامة فرضيت لم يكن لسيدها الفسخ ويحتمل أن له ذلك)

وجملة ذلك أن نفقة الامة المزوجة حق لها ولسيدها لان كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إذا امتنع الزوج من أدائها ولا يملك واحد منهما اسقاطها لان في سقوطها باسقاط احدهما ضررا بالآخر فعلى هذا إن أعسر الزوج فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملكت الفسخ كالحرة ، وإن لم تفسخ فقال القاضي : لسيدها الفسخ لان عليه ضرراً في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فان أنفق عليها سيدها محتسبا بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لان الدين خالص حقه لا حق لها فيه وإن تعلق حقها بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها اليها وقوام بدنها به بخلاف الماضية ، وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لانها حق لها فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للعنة فان كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندي

﴿ مسألة ﴾ (وإن أعسر زوج الصغيرة أو المجنونة لم يكن لوليها الفسخ)

رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل وان اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث

(فصل) فان اجتمع أبوا أم فالنفقة على أم الام لانها الوارثة وان اجتمع أبوا أب فعلى أم الاب السدس والباقي على الجد وان اجتمع جد وأخ فهما سواء وان اجتمعت أم وأخ وجد فالنفقة بينهم أثلاثاً وقال الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها الا المسئلة الاولى فالنفقة عليهما بالسوية وقد مضى الكلام على أصل هذا فيما تقدم

(فصل) فان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه فان انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الانفاق وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة وان بان بنتا رجعت على أخيها بفضل نفقتها لان من له الفضل ادى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه فاذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان بخلافه

[فصل] فان كان له قرابتان موسران واحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا انه ان كان المحجوب من عمودي النسب فالظاهر ان الحجب لا يسقط النفقة عنه وان كان من غيرهما فلا نفقة عليه فعلى هذا اذا كان له أبوان وجد والاب معسر كان الاب كالمعدوم فيكون على الام ثلث النفقة

لانه فسخ نكاحها فلم يكن له ذلك كالفسخ بالعيب ، ويحتمل أن يملك الفسخ لانه فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ لتعذر الثمن

(فصل) وإن اختلف الزوجان في الانفاق عليها أو في تقبيضها نفقتها فالقول قول المرأة لانها منكرة والاصل معها ، وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت كنت موسراً وأنكر ذلك فان عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وان اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهرين قالت بل منذ عام فالقول قوله ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان مقيما معها فالقول قوله وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها الى الحاكم

ولنا أن قوله يوافق الاصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عليه اليمين لانها دعاو في المال فأشبهت دعوى الدين ولان النبي ﷺ قال « ولكن اليمين على المدعى عليه » وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به اليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة قال بل وفاء الواجب علي فالقول قوله لانه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه فاختلف هو وغريمه في نيته ، وإن طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك قالت بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لان الاصل بقاء النفقه وعدم المسقط

والباقي على الجد وان كان معهم زوجة فكذلك وان قلنا لانفقة على المحجوب فليس على الام ههنا الا ربع النفقة ولا شيء على الجد وان كان أبوان واخوان وجد والاب معسر فلاشيء على الاخرين لانهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الام الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لايجب على الام الا السدس لانه لو كان الاب معدوما لم ترث الا السدس وان قلنا إن كل محجوب لانفقة عليه فليس على الام الا السدس ولاشيء على غيرها وان لم يكن في المسئلة جد فالنفقة كلها على الام على القول الاول وعلى الثاني ليس عليها الا السدس وان قلنا إن على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودي النسب فعلى الام السدس والباقي على الجد والاخوين أثلاثا كما يرثون اذا كان الاب معدوما وان كان بعض من عليه النفقة غائبا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض فاذا قدم فعليه وفاؤه

[فصل] ومن لم يفضل عن قوته الا نفقة شخص وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي ﷺ في حديث جابر «اذا كان احدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان كان له فضل فعلى عياله فان كان له فضل فعلى قرابته» ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة فقدمت على مجرد المواساة ولذلك وجبت مع يسارهما واعسارهما ونفقة القريب بخلاف ذلك ولان نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القرابة كنفقة نفسه ثم من بعدها نفقة الرقيق لانها تجب مع اليسار والاعسار

لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لاقراره بعدمها ، وإن رجع فصدقها فله الرجعة لأنها مقرة لديها ، ولو قال طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة ولك النفقة قالت بل وأنا حامل فالقول قولها فيها فان عاد فصدقها سقطت رجعته ووجبت لها النفقة هذا في ظاهر الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على ما يعلمه من حقيقة الامر دون ما قاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن منعها النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذنه لقول النبي ﷺ لهند حين قالت ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »

وجملة ذلك أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع اليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه باذنه وبغير إذنه لما ذكرنا من حديث هند وهو اذن لها في الاخذ من ماله بغير اذنه ورد لها إلى اجتهادها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام الكفاية فان ظاهر الحديث دل على أنه كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لانه موضع حاجة فان النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فاذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعا لحاجتها ولان النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً فتشق الرافعة إلى الحاكم والمطالبة

فقدمت على مجرد المواساة ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب فان اجتمع أب وجد وابن وابن ابن قدم الاب على الجد والابن على ابنه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يستوي الاب والجد والابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب

ولنا أن الاب والابن أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالاب مع الاخ وإن اجتمع ابن وجد أو اب وابن ابن احتمل وجهين [أحدهما] تقديم الابن والاب لانهما أقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط ارثهما بحال والجد وابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينهما لانهما سواء في الارث والتعصيب والولادة وان اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والارث والولادة والتعصيب ويحتمل فيهما مايحتمل في الاب والابن على ما سنذكره

[فصل] وان اجتمع أب وابن فقال القاضي ان كان الابن صغيراً أو مجنوناً قدم لان نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والاب قد يقدر عليه وان كان الابن كبيراً والاب زمن فهو أحق لان حرمته آكد وحاجته أشد ويحتمل تقديم الابن لان نفقته وجبت بالنص وان كانا صحيحين فقيرين ففيهما ثلاثة أوجه :

[أحدها] التسوية بينهما لتساويهما في القرب وتقابل مرتبتهما [والثاني] تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص (والثالث) تقديم الاب لتأكد حرمته . وان اجتمع ابوان ففيهما الوجوه ثلاثة (احدها)

بها في كل الاوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقاً آخر وهو ان نفقة الزوجة تسقط بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم يكن الحاكم فرضها لها فلو لم تأخذ حقها أفضى إلى سقوطها والاضرار بها بخلاف الدين فانه لا يسقط عند أحد بترك المطالبة فلا يؤدي ترك الاخذ إلى الاسقاط

(مسألة) **(فان لم تقدر اجبره الحاكم وحبسه فان صبر على الحبس ولم ينفق أخذ الحاكم النفقة من ماله فدفعها إلى المرأة فان لم يجد إلا عروضا أو عقارا باعه في ذلك)**

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضا لان بيع مال الانسان لا ينفذ إلا باذنه أو إذن وليه ولا ولاية على الرشيد

ولنا قول النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك » ولم يفرق ولان ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدراهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وان تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والاخذ من المال عند امتناعه وان لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الاخذ أخذها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم يجد ما ينفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم وبه قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي يفرض لها في كل شهر

التسوية لما ذكرنا [والثاني] تقديم الام لانها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي اضعف وأعجز [والثالث] تقديم الاب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله واضافة النبي ﷺ الولد وماله اليه بقوله « أنت ومالك لأبيك » والاول أولى، وان اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لاستوائهما في استحقاق ميراثه والصحيح ان الجد احق لان له مزية الولادة والابوة ولان ابن ابنه يرثه ميراث ابن ويرث الاخ ميراث اخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد. وان كان مكان الاخ ابن اخ او عم فالجد اولى بكل حال

[فصل] والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة على ماذكرناه في الزوجة لانها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة وقد قال النبي ﷺ لهند « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فان احتاج الى خادم فعليه اخدامه كما قلنا في الزوجة لان ذلك من تمام كفايته

(مسألة) قال (وعلى المعتق نفقة معتقه اذا كان فقيراً لانه وارثه)

هذا مبني على الاصل الذي تقدم وان النفقة تجب على الوارث والمعتق وارث عتيقه فتجب عليه

ولنا ان هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجز كما لو عجل لها أكثر من شهر

(مسألة) (فان غيب ماله وصبر على الحبس فلها الفسخ إذا لم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على النفقة من مال الغائب في ظاهر قول الخرقي واختيار ابي الخطاب)

واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الفسخ في المعسر لعيب الاعسار ولم يوجد ههنا ولان الموسر في مظنة الاخذ من ماله وإذا امتنع فربما لا يمتنع في غده بخلاف المعسر

ولنا ان عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع من الانفاق ولان الانفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الاعسار بل هذا أولى بالفسخ فانه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى، ولان في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته دفعاً للضرر ولانه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين المعسر والموسر كأداء ثمن المبيع فانه لافرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ولان عيب الاعسار انما جوز الفسخ لتعذر الانفاق بدليل أنه لو اقترض ماينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ماينفقه لم تملك الفسخ، وقولهم إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا قلنا وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى وأن يقترض أو يعطي ماينفقه فاستويا

(مسألة) (وان غاب زوجها ولم يترك لها نفقة فان قدرت له على مال أخذت بقدر حاجتها

نفقته اذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه . وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لا تجب عليه نفقة بناء على اصولهم التي ذكرناها

ولنا قول الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال النبي ﷺ «امك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك ادناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقا واجباً ورحماً موصولا» ولانه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالاب . ويشترط في وجوب الانفاق عليه الشروط المذكورة في غيره

[فصل] فان مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ما بين في باب الولاء . ويجب على السيد نفقة اولاد عتيقه اذا كان له عليهم ولاء لانه عصبتهم ووارثهم، وعليه نفقة أولاد معتقه اذا كان أبوهم عبداً كذلك فان أعتق ابوهم فانجر الولاء الى معتقه صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه اذا كملت الشروط ، وليس على المعتق نفقة معتقه اذا كان فقيراً لانه لا يرثه فان كان كل واحد منهما مولى صاحبه مثل أن يعتق الحربي عبداً ثم يسبي العبد سيده فيعتقه فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لانه يرثه

(مسألة) قال (واذا زوجت الامة لزم زوجها أو سيده ان كان مملوكا نفقتها)

وجملته ان زوج الامة لا يخلو اما أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه عبد فان كان حراً

لحديث هند، وان لم تقدر ولا قدرت على الاستدانة عليه فلها الفسخ إلا عند القاضي فيما إذا لم يثبت اعساره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، لان الفسخ ثبت لعيب الاعسار ولم يثبت الاعسار ههنا وقد دللنا على جواز الفسخ في المسئلة التي قبلها ، وهذه مثلها بل هي أولى لان الحاضر ربما إذا أطال عليه الحبس انفق وهذا قد تكون غيبته بحيث لا يعلم خبره فيكون الضرر فيه أكثر

(فصل) ومن وجب عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها بدينه مكان نفقتها فله ذلك ان كانت موسرة لان من له عليه حق فله أن يقضيه من أي أمواله شاء وهذا من ماله وان كانت معسرة لم يكن له ذلك لان قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته وهذا لا يفضل عنها ولان الله تعالى أمر بانظار المعسر بقوله سبحانه (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) فيجب انظارها بما عليها

(فصل) إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر الحاكم ، وبه قال أبو العالية وابن سيرين والشافعي وابن المنذر ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لانها أنفقت مالا تستحق وان فضل لها شيء أخذته وان فضل عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وان لم يكن لها شيء كان الفضل ديناً عليها والله أعلم .

فنفقتها عليه للنص واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين والامة داخلة في عمومهن، ولانها زوجة ممكنة من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرة وان كان زوجها مملوكا فالنفقة واجبة لزوجته لذلك . قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن على العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال أصحاب الرأي اذا بوأها بيتاً . وحكي عن مالك انه قال : ليس عليه نفقتها لان النفقة مواساة وليس هو من أهلها ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه ولا زكاة ماله

ولنا انها عوض واجب في النكاح فوجبت على العبد كالمهر، والدليل على انها عوض انها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وفارق نفقة الاقارب . اذا ثبت وجوبها على العبد فانها تلزم سيده لان السيد أذن له في النكاح المفضي إلى ايجابها ، وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى انها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لانه لم يمكن ايجابها في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه وقال القاضي تتعلق برقبته لان الوطء في النكاح بمنزلة الجناية وارش جناية العبد يتعلق برقبته يباع فيها او يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي

ولنا انه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله . وقولهم انه في مقابلة الوطء غير

(مسئلة) (ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم الحاكم)

كل موضع وجب لها الفسخ لاجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم لانه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له الفسخ إلا أن تطالب المرأة ذلك لانه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة فاذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لارجعة له فيه ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك هو تطليقة وهو أحق بها ان أيسر في عدتها لانه تفريق لامتناعه من الواجب عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من العنة والطلاق

ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه أشبهت فرقة العنة ، فأما ان أجبره الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة فان راجعها وهو معسر أو امتنع من الانفاق عليها ولم يمكن الاخذ من ماله فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لبقاء المقتضي له أشبه ماقبل الطلاق

باب نفقة الاقارب والمماليك

يجب على الانسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته ، والاصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقال سبحانه (وقضى ربك أن لا تعبدوا

صحيح فانه يجب من غير وطء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء وزوجة المجبوب والصغير وانما يجب بالتمكين وليس ذلك بجناية ولا قائم مقامها . وقول من قال انه تعذر ايجابه في ذمة السيد غير صحيح فانه لامانع من ايجابه وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر

(مسئلة) قال (وان كانت أمة تأوي بالليل عند الزوج وبالنهار عند المولى أنفق كل واحد منهما مدة مقامها عنده)

هذه المسئلة قد تقدمت وذكرنا أن النفقة في مقابلة التمكين وقد وجد منها في الليل فتجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم انها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن، فيكون على هذا على كل واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر لا نفقة لها على الزوج لانها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة اذا بذلت نفسها في احد الزمانين دون الآخر

ولنا انه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحرة إذا مكنت من نفسها في غير اوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض ، وفارق الحرة إذا امتنعت في أحد الزمانين فانها لم تبذل الواجب فتكون ناشزاً وهذه ليست ناشزاً ولا عاصية

إلا إياه وبالوالدين إحسانا) ومن الإحسان الانفاق عليهما عند حاجتهما ، وأما السنة فقول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه ، وروت عائشة أن النبي ﷺ قال « ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه » رواه أبو داود ، وأما الاجماع فحكاه ابن المنذر وقال أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الاطفال الذين لا مال لهم ، ولان ولد الانسان بعضه وهو بعض والده كما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله، إذا ثبت هذا فان الام تجب نفقتها ويجب عليها نفقة ولدها إذا لم يكن له أب ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه لا نفقة لها ولا عليها لانها ليست عصبة لولدها

ولنا قوله سبحانه (وبالوالدين إحسانا) وقال النبي ﷺ لرجل سأله من أبر؟ قال « أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الاقرب فالاقرب » رواه أبو داود ولانها أحد الولدين فأشبهت الاب ولان بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العفو فأشبهت الاب فان أعسر الاب وجبت النفقة على الام ولم ترجع بها عليه ان أيسر ، وقال أبو يوسف ومحمد ترجع عليه

ولنا ان من وجب عليه الانفاق بالقرابة لم يرجع به كالاب

(مسألة) قال (فان كان لها ولد لم تلزمه نفقة ولده حراً كان أو عبداً ونفقتهم على سيدهم)

يعني الامة ليس على زوجها نفقة ولده منها وان كان حراً لان ولد الامة عبد لسيدها فان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فتكون نفقتهم على سيدهم دون أبيهم فان العبد أخص بسيده من أبيه ولذلك لاولاية بينه وبين أبيه ولا ميراث ولا انفاق وكل ذلك للسيد، وقد رويت عن ابي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن ولد العربي يكون حراً وعلى أبيه فداؤه، فعلى هذا تكون نفقتهم عليه، ولو أعتق الولد سيده أو عتق عنه بولادته او تزوج الامة على انها حرة فولده منها أحرار وعلى أبيهم نفقتهم في هذه المواضع كلها اذا كان حراً وتحققت فيه شرائط الانفاق

[فصل] واذا طلق الأمة طلاقا رجعياً فلها النفقة في العدة لانها زوجة ، وان أبانها وهي حائل فلا نفقة لها لانها لو كانت حرة لم يكن لها نفقة فالامة أولى ، وان كانت حاملا فلها النفقة لقوله تعالى [وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن] نص على هذا احمد وبه قال اسحاق ، وقد روي عن ابي عبد الله رحمه الله في نفقة الحامل روايتان هل هي للحمل او للحامل بسببه؟ [احداهما] هي للحمل فعلى هذا لاتجب للمملوكة الحامل البائن نفقة لان الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وللشافعي في هذا قولان كالروايتين

﴿ مسألة ﴾ (ويلزمه نفقة سائر آبائه وان علوا وأولاده وان سفلوا)

وبذلك قال الشافعي والثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك لاتجب النفقة عليهم ولا لهم لان الجد ليس بأب حقيقي .

ولنا قوله سبحانه (وعلى الوارث مثل ذلك) ولانه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد بدليل ان الله تعالى قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فيدخل فيهم ولد البنين وقال (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) وقال (ملة أبيكم ابراهيم) ولان بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالدين القريبين

(فصل) ويشترط لوجوب الانفاق ثلاثة شروط (أحدها) ان يكونوا فقراء لامال لهم ولا كسب يستغنون به عن انفاق غيرهم فان كانوا موسرين بمال أو كسب يكفيهم فلا نفقة لهم لانها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة (الثاني) أن يكون لمن تجب عليه النفقة ماينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه اما من ماله واما من كسبه فأما من لايفضل عنه شيء فلا يجب عليه شيء لما روى جابر أن النبي ﷺ قال « اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته » وفي لفظ « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » حديث صحيح وروى أبو هريرة أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال يارسول الله عندي دينار قال « تصدق به على نفسك » قال عندي آخر قال « تصدق به على

[فصل] وان طلق العبد زوجته الحامل طلاقا بائناً انبنى على وجوب النفقة على الروايتين في النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك . وروي ذلك عن الشعبي لأنه لاتجب عليه نفقة ولده ، وان قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الاوزاعي لان الله تعالى قال | وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن |ولانها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حراً

(فصل) والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر مافيه من الحرية وباقيها على سيده أو في ضريبته أو في رقبته على ماذكرنا في العبد، والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله ان كان موسراً فنفقة الموسرين وان كان معسراً فنفقة المعسرين والباقي تجب فيه نفقة المعسرين لان النفقة مما يتبعض وما يتبعض بعضناه في حق المعتق بعضه كالميراث والديات ومالا يتبعض فهو فيه كالعبد لان الحرية اما شرط فيه او سبب له فلم يكمل وهذا اختيار المزني ، وقال الشافعي حكمه حكم القن في الجميع إلحاقا لأحد الحكمين بالآخر

ولنا انه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالاطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبعض نفقته لانها من جملة الاحكام القابلة للتبعيض . فأما نفقة أقاربه فيلزمه منها بقدر ميراثه لان النفقة تنبني على الميراث ، وعند المزني تلزمه كلها لانها لاتتبعض ، وعند الشافعي لايلزمه شيء لان حكمه حكم العبيد وقد سبق الكلام في هذا

ولدك» قال عندي آخر قال « تصدق به على زوجك» قال عندي آخر قال « تصدق به على خادمك» قال عندي آخر قال « أنت أبصر » ، رواه أبو داود ولانها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة

(والثالث) ان يكون المنفق وارثا لقول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك)ولان بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي ان يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فان لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة كذلك

(فصل) ولا يشترط في نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الاحكام في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي لايشترط ذلك في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين (إحداهما) تلزم نفقته لانه فقير (والثانية) أنه ان كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى ان الذي لايقدر على كسب مايقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الاحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن ، وانما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيديه، وقال الشافعي يشترط نقصانه اما من طريق الحكم او من طريق الخلقة وقال ابو حنيفة ينفق على الغلام حتى يبلغ فاذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة)

أما اذا كانت زوجة العبد حرة فولدها أحرار لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وليس على العبد نفقة أقاربه الاحرار لان نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ؛ وأما اذا كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لانهم يتبعونها فتكون نفقتهم على سيدهم

(فصل) وحكم المكاتب في نفقة الزوجات والاولاد والاقارب حكم العبد القن لأنه عبد مابقي عليه درهم الا أنه اذا كانت له زوجة أنفق عليها من كسبه لان نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والاعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ، ولان نفقة المرأة لاتسقط عن أحد من الناس اذا لم يوجد منها مايسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لأن نفقة المكاتب لاتجب على سيده فنفقة امرأته أولى . فأما نفقة أولاده وأقاربه الاحرار فلا تجب عليه لانها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها ولذلك لاتجب عليه الزكاة في ماله ولا الفطرة في بدنه فان كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لانهم يتبعونها في الحرية ، وان كان لهم أقارب أحرار كجد حر وأخ حر مع الام أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كأنه معدوم بالنسبة إلى النفقة

تزوج ونحوه قال مالك إلا أنه قال ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الازواج ثم لانفقة لهن وان طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن

ولنا قول النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» ولم يستثن منهم صحيحا ولا بالغا ولانه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كما لوكان زمنا، ووافق ابوحنيفة على وجوب نفقة الوالد وان كان صحيحا إذا لم يكن ذا كسب وللشافعي في ذلك قولان

ولنا أنه والد محتاج فاشبه الزمن

﴿ مسئلة ﴾ (وتلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر اولا كعمته وعتيقه وحكي عنه ان لم يرثه الآخر فلا نفقة له)

ظاهر المذهب ان النفقة تجب على كل وارث لوروثه إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرها وهو الذي ذكره الخرقي وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وأبو ثور ، وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لاأب له نفقته واجر رضاعه على الرجال دون النساء وكذلك روي عن أبيه عن أحمد النفقة على العصبات وبه قال الاوزاعي وإسحاق، وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته احتج به أحمد قال ابن المنذر وروي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء ، ولانها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصبات كالعقل ، وقال أصحاب الرأي تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم

﴿مسألة﴾ قال (وعلى المكاتبة نفقة ولدها دون أبيه المكاتب)

وجملته أن المكاتب اذا كان له ولد لم يخل إما أن يكون من زوجته أو من أمته فان كان من زوجة وكانت مكاتبة فولدها يتبعونها في الكتابة ويكونون موقوفين على كتابتها إن رقت رقوا وإن عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها مما في يديها لانهم في حكم نفسها ونفقتها مما في يديها فكذلك على ولدها. وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لانهم عبيد لسيد المكاتبة، وإن كانت زوجته حرة أو أمة فقد بينا حكمهم، وان أراد المكاتب التبرع بالانفاق على ولده وكان من أمة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة لم يكن له ذلك لان فيه تغريراً بمال سيده، وإن كان من أمة لسيده جاز لانه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده، وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لأنه في الحال بمنزلة أمه وأمه مملوكة لسيدها، ويحتمل أن لا يجوز لان

لقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقال مالك والشافعي وابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين لان النبي ﷺ قال لرجل سأله عندي دينار قال «انفقه على نفسك» قال عندي آخر قال «انفقه على ولدك» قال عندي آخر قال «انفقه على زوجك» قال عندي آخر قال «انفقه على خادمك» قال عندي آخر قال «أنت أبصر» رواه أبو داود ولم يأمره بانفاقه على غير هؤلاء. ولان الشرع انما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم

ولنا قول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ثم قال (وعلى الوارث مثل ذلك) فاوجب على الاب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه واوجب على الوارث مثل ما اوجب على الوالد وروي ان رجلا سأل النبي ﷺ من ابر؟ قال «أمك واباك واختك واخاك» وفي لفظ «ومولاك الذي هو اذناك حقا واجبا ورحما موصولا» رواه أبو داود وهذا نص لان النبي ﷺ الزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقا واجبا، وما احتج به ابو حنيفة حجة عليه فان اللفظ عام في كل ذي رحم محرم فيكون حجة عليه فيمن عدا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الارث فكذلك في الانفاق وأما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل انه لم يكن له غير من أمر بالانفاق عليه ولهذا لم يذكر الوالد والاجداد وأولاد الاولاد، وقولهم لا يصح القياس قلنا انما اثبتناه بالنص ثم إنهم قد الحقوا أولاد الاولاد بالاولاد مع التفاوت فبطل ماقالوا. إذا ثبت هذا فانه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الارحام على ما نذكره

(فصل) فان كان اثنان يرث أحدهما قريبه ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه أحمد في رواية

فيه تغريراً إذ لا يحتمل أن يعجز هو وتؤدي الكتابة فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليها من مال سيده ويصير حراً .

﴿ مسألة ﴾ قال (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته)

أما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه لان ولده من أمته تابع له يرق برقه ويعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أن المكاتب ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولان هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فان أمه أمة للمكاتب وليس له من الاحرار أقارب فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولانه لاضرر على السيد في انفاق المكاتب على ولده من أمته لانه إن أدى وعتق فقدوفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منها وان عجز ورق عاد اليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه انما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه

(فصل) وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته الا باذن سيده لان ملكه غير تام وعلى السيد ضرر في تسريه بها لما فيه من التغرير بها، وان أذن له سيده في ذلك جاز لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو أذن لعبده القن، وإن وطىء بغير إذنه فلا حد عليه لانه وطىء مملوكته فان أولدها في الموضعين صارت أم ولد له ليس له بيعها ولا بيع ولده فان عتق عتق ولدها وصارت الامة أم ولده تعتق بموته وان

ابن زياد فقال يلزم الرجل نفقة بنت عمه ولا يلزمه نفقة بنت أخته ، وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث ههنا لانها قرابة ضعيفة لكونه لا يثبت التوارث من الجهتين لقول أحمد العمة والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمة من الام فانه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها ، وذكر الخرقي أن على الرجل نفقة معتقه لانه وارث ، ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا يلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخيه كذلك ولا يلزمهن نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى لقول الله سبحانه وتعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وكل واحد من هؤلاء وارث

﴿ مسألة ﴾ (فأما ذوو الارحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكرها القاضي وقال أبو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم روايتان)

أما ذوو الارحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فان كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه أحمد فقال الخالة والعمة لا نفقة عليهما قال القاضي لا نفقة لهم رواية واحدة لان قرابتهم ضعيفة وانما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فان المال يصرف اليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم

وقال ابو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات

رق رقت هي وولدها وصارت أمة لسيدة والمكاتب وولده عبدان له ويلزم المكاتب الانفاق على عبيده وإمائه وأمهات أولاده لانهم ملك له فلزمه الانفاق عليهم كبهائمه

﴿ باب الحال التي تجب فيها النفمة على ازوج ﴾

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ فلم تمنعه نفسها ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين :

(أحدهما) أن تكون كبيرة يمكن وطؤها فان كانت صغيرة لاتحتمل الوطء فلا نفقة لها وبهذا قال الحسن وبكر بن عبدالله المزني والنخعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو المنصوص عن الشافعي وقال في موضع لوقيل لها النفقة كان مذهبا وهذا قول الثوري لان تعذر الوطء لم يكن بفعلها فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمريض

ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ماذكروه ويفارق المريضة فان الاستمتاع بها ممكن

وذوي الفروض لانهم وارثون في تلك الحال . قال ابن أبي موسى هذا يتوجه على معنى قوله ، والاول هو المنصوص عنه ، وأما عمود النسب فذكر القاضي مايدل على أنه يجب الانفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الارحام كأبي الام وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين او وارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لان قرابتهم قرابة جزئية وبعضية تقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد ، وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الاب الادنى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر ميراثهم منه لان الله تعالى رتب النفقة على الارث لقوله سبحانه وعلى الوارث مثل ذلك فيجب أن يترتب في المقدار عليه)

وجملة ذلك أن الصبي إذا لم يكن له أب فالنفقة على وارثه لماذكرنا فان كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ؛ وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة عليهم على قدر ارثهم منه

﴿ مسئلة ﴾ (فاذا كان له أم وجد فعلى الام الثلث والباقي على الجد)

لانهما يرثانه كذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي النفقة كلها على الجد لانه يتفرد بالتعصيب فأشبه الاب ، وقد ذكرنا عن أحمد رواية أخرى أن النفقة على العصبات خاصة ، ووجه الاول ماذكرنا من الآية والام وارثة فكان عليها بالنص ولانه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به العصبة دون الام كالوراثة

وانما نقص بالمرض ولان من لاتمكن الزوج من نفسها لايلزم الزوج نفقتها فهذه أولى لان تلك يمكن الزوج قهرها والاستمتاع بها كرها وهذه لايمكن ذلك فيها بحال

(الشرط الثاني) أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما ان منعت نفسها أومنعها أولياؤها أوتساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن أقاما زمناً فان النبي ﷺ تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق الا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لمامضى ولان النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فاذا وجد استحقت وإذا فقد لم تستحق شيئاً ولو بذلت تسليما غير تام بأن تقول أسلم اليك نفسي في منزلي دون غيره أو في الموضع الفلاني دون غيره لم تستحق شيئاً إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد لانها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع أسلم اليك السلعة على أن تتركها في موضعها أوفي مكان بعينه وإن شرطت دارها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لانها سلمت التسليم الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد أمته المزوجة ليلا دون النهار استحقت النفقة وفارق الحرة فانها لو بذلت تسليم نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئا لانها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك ان أمكنته من الاستمتاع ومنعته استمتاعا لم تستحق شيئاً لذلك

(فصل) وإن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن

(فصل) فان اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما اثلاثا كالميراث ، وقال أبو حنيفة النفقة عليهما سواء لاستوائهما في القرب ، وان كانت أم وابن فعلى الام السدس والباقي على الابن ، وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة عليهما نصفين ، وعند أبي حنيفة هي على البنت لانها أقرب ، وقال الشافعي في المسائل الثلاث : النفقة على الابن لانه العصبة فان كانت له أم وبنت فالنفقة عليهما أرباعا كميراثهما منه وبه قال ابوحنيفة ، وعند الشافعي النفقة على البنت لانها تكون عصبة مع أخيها فان كان له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت ، وقال أصحاب الشافعي النفقة على الابن في أحد الوجهين لانه ذكر

ولنا قول الله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) فرتب النفقة على الارث فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى فانه ليس بعصبة ولا وارث فلا معنى لايجابها عليه دون البنت الوارثة

﴿ مسئلة ﴾ (وإن اجتمع جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الاخ لان ميراثهما منه كذلك وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكما أن للجدة السدس من الميراث فكذلك عليها سدس النفقة والباقي على الاخ لان باقي الميراث له وعند من لايرى النفقه على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فان اجتمع بنت وأخت

غيبته لانها استحقت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها مايسقطها وان غاب قبل تمكينها فلا نفقة لها عليه لانه لم يوجد الوجب لها فان بذلت التسليم وهو غائب لم تستحق نفقته لانها بذلته في حال لا يمكنه التسليم فيه لكن ان مضت الى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم الى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فان سار اليها أو وكل من يسلمها اليه فوصل وسلمها هو أو نائبه وجبت النفقه حينئذ وان لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول اليها ويسلمها فيه لان الزوج امتنع من تسلمها مع امكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضراً وإن كانت الزوجة صغيرة يمكن وطؤها أومجنونة فسلمت نفسها اليه فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وان لم يتسلمها لمنعها نفسها أومنع أوليائها فلا نفقة لها عليه وان غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم فان وليها يقوم مقامها وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم النفقة لها لانه لاحكم لكلامها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كانت بهذه الحال التي وصفت وزوجها صبي أجبر وليه على نفقتها من مال الصغير فان لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما)

يعني اذا كانت المرأة كبيرة يمكن الاستمتاع بها فمكنت من نفسها أو بذلت تسليمها ولم تمنع

أو بنت وأخ أو بنت وعصبة أو أخت وعصبة او أخت وأم او بنت وبنت ابن أوأخت لابوين وأخت لاب أو ثلاث أخوات مفترقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث فيذلك سواء كان في المسئلة رد او عول أو لم يكن ، وعلى هذا تحسب ما آتاك من المسائل . فان اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث

(فصل) فان اجتمع معها أبو أم فالنفقة على أم الام لانها الوارثة ، وإن اجتمع أم أب وأب فعلى الاب السدس والباقي على الجد ، وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء ، وإن اجتمعت أم وجد وأخ فالنفقة عليهم أثلاثاً وعند الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسئلة الاولى فالنفقة عليهما بالسوية وقد مضى الكلام في هذا

(فصل) فان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه على قدر ميراثه فان انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه في الانفاق ، وإن بان أنه أنفق أقل رجع عليه فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجع عليه أخوه بالزيادة ، وإن بان بنتاً رجعت على أخيها بفضل نفقتها لان من له الفضل أدى مالا يجب عليه أداؤه معتقداً وجوبه فاذا تبين خلافه رجع بذلك كما لو أدى ما يعتقده ديناً فبان خلافه

(مسئلة) (إلا أن يكون له أب فتكون النفقة عليه وحده)

نفسها ولا منعها أولياؤها فعلى زوجها الصبي نفقتها وبهذا قال أبوحنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لانفقة لها وهو قول مالك لان الزوج لايتمكن من الاستمتاع بها فلم تلزمه نفقتها كما لو كانت غائبة صغيرة

ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً ولان الاستمتاع بها ممكن وانما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته ، وفارق ما اذا غابت أو كانت صغيرة فانها لم تسلم نفسها تسليما صحيحاً ولم تبذل ذلك فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي لان النفقة على الصبي، وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جناياته وقيم متلفاته وزكواته . وان لم يكن له مال فاختارت فراقه فرق الحاكم بينهما كما ذكرنا في حق الكبير فان كان له مال وامتنع الولي من الانفاق أجبره الحاكم بالحبس فان لم ينفق أخذ الحاكم من مال الصبي وأنفق عليها فان لم يمكنه وصبر الولي على الحبس وتعذر الانفاق فرق الحاكم بينهما إذا طلبت ذلك على ماذكرنا في حق الكبير وذكر القاضي في الكبير أنه لايفرق بينهما فكذلك ههنا مثله لانهما سواء في وجوب الانفاق عليهما فكذلك في أحكامه

(فصل) وان بذلت الرتقاء أو الحائض والنفساء أو النضوة الخلق التي لايمكن وطؤها أو المريضة تسليم نفسها لزمته نفقتها ، وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها لان الاستمتاع ممكن ولا

لان الله تعالى قال (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - وقال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » فجعل النفقة عليه دونها ولا خلاف في هذا نعلمه إلا أن لاصحاب الشافعي فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين (أحدهما) أن النفقة على الاب وحده (والثاني) عليهما لانهما سواء في القرب

ولنا أن النفقة على الاب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه

(مسئلة) (ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما وهكذا ذكره القاضي وأبو الخطاب)

لان الابن لا نفقة عليه لعسرته والاخ لا نفقة عليه لعدم ارثه ولان قرابته ضعيفة لاتمنع شهادته له فاذا لم يكن وارثاً لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم . قال شيخنا ويتخرج في كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسراً وجهان (أحدهما) لا نفقة عليه لانه غير وارث أشبه الاجنبي (والثاني) عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للارث والانفاق والمانع من الارث لا يمنع من الانفاق لانه معسر لايمكنه الانفاق فوجوده بالنسبة الى الانفاق كعدمه

(مسئلة) (ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة عليها يعني على الجدة)

وجملة ذلك أن الوارث القريب إذا كان معسراً وكان البعيد الموسر من عمودي النسب كهذه المسئلة وجبت نفقته على الموسر ذكر القاضي في أب معسر وجد موسر أن النفقة على الجد ، وقال في

تفريط من جهتها ، وان منع من الوطء ويفارق الصغيرة لأن لها حالا يتمكن من الاستمتاع بها فيها استمتاعاً تاما ، والظاهر أنه تزوجها انتظاراً لتلك الحال بخلاف هؤلاء ولذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ، ولو طلب تسليم الصغيرة لم يجب فان قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع بما دون الوطء لم تجب لها النفقة فكذلك هؤلاء قلنا لان تلك منعت مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر فان ادعت أن عليها ضرراً في وطئه لضيق فرجها أو قروح به او نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وان ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة اليهما حال اجتماعهما لانه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة

« مسئلة » قال (وان طالب الزوج بالدخول وقالت لا أسلم نفسي حتى أقبض صداقي كان ذلك لها ولزمته النفقة الى أن يدفع اليها صداقها)

وجملته أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لان تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فانه يمكنه الرجوع فيه فلهذا ألزمناه تسليم صداقها أولا وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لانه إذا سلم اليها الصداق ثم امتنعت من

أم معسرة وجدة موسرة: النفقة على الجدة وقد قال أحمد لا تدفع الزكاة إلى ولد ابنته لقول النبي ﷺ للحسن « ان ابني هذا سيد » فسماه ابنه وهو ابن بنته وإذا منع من دفع الزكاة اليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم مع حاجتهم وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أن المحجوب إذا كان من عمودي النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه في المسئلة قبل هذا الفصل، وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه في الظاهر فعلى هذا إذا كان له أبوان وجد والاب معسر فالاب كالمعدم فيكون على الام ثلث النفقة والباقي على الجد ، وإن كان معهم زوجة فكذلك ، وإن قلنا لا نفقة على المحجوب فليس على الام ههنا الا ربع النفقة ولا شيء على الجد، وإن كان أبوان وأخوان وجد والاب معسر فلا شيء على الاخوين لانهما محجوبان وليسا من عمودي النسب ويكون على الام الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لا يجب على الام الا السدس لانه لو كان الاب معدوما لم يرث إلا السدس ، وإن قلنا ان كل محجوب لا نفقة عليه فعلى الام السدس حسب ولا شيء على غيرها وان لم يكن في المسئلة جد فالنفقة كلها على الام على القول الاول وعلى الثاني ليس عليها الا السدس وان قلنا ان على المحجوب بالمعسر النفقة وان كان من غير عمودي النسب فعلى الام السدس والباقي على الجد والاخوين اثلاثاً كما يرثون اذا كان الاب معدوماً . فان كان بعض من

تسليم نفسها أمكن الرجوع فيه إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لانها امتنعت لحق فان قيل فلو امتنعت لصغر او مرض لم تلزمه نفقتها قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الامتناع للصغر وهنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب لها عليه فأشبه مالو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فانه لاتسقط نفقتها عنه، ولو تعذر لصغرها لاتلزمه نفقتها

(فصل) إذا سافرت زوجته بغير اذنه سقطت نفقتها عنه لانها ناشز ، وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه ، وإن سافرت باذنه في حاجته فهي على نفقتها لانها سافرت في شغله ومراده وإن كان في حاجة نفسها سقطت نفقتها لانها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء حاجتها فأشبه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا ان يكون مسافراً معها متمكناً من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لانها لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة ويحتمل أن لاتسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها لانها مسافرة باذنه أشبه مالو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها لتجارة أو حج تطوع او زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير اذنه سقطت نفقتها لانها في معنى المسافرة ، وان أحرمت به باذنه فقال القاضي لها النفقة والصحيح انها كالمسافرة لانها باحرامها مانعة له من التمكين فهي كالمسافرة لحاجة نفسها على ما ذكرناه . وان أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها

عليه النفقة غائباً وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وان لم يوجد له مال حاضر فامكن الحاكم الاقتراض عليه اقترض فاذا قدم فعليه وفاؤه

(مسألة) (ومن كان صحيحاً مكلفاً لاحرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته ؟ على روايتين)

(إحداهما) تجب اذا كان فقيراً عاجزاً عن الكسب لعموم قول النبي ﷺ لهند « خذي مايكفيك وولدك بالمعروف » ولم يستثن منهم بالغاً ولا صحيحاً ولانه ولد فقير فاستحق النفقة على والده الغني كالزمن (والثانية) لاتجب وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الولد الذكر فأما الجارية فقال أبو حنيفة لاتسقط نفقتها حتى تتزوج ونحوه قول مالك لانه في مظنة الكسب يقدر عليه غالباً أشبه الغني والاول أولى

(مسألة) (ومن لم يفضل عنده الا نفقة شخص واحد بدأ بالاقرب فالاقرب فان كان له أبوان جعله بينهما)

إذا لم يفضل عن الرجل إلا نفقة شخص واحد وله امرأة فالنفقة لها دون الاقارب لقول النبي ﷺ في حديث جابر « إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان له فضل فعلى عياله فان كان له فضل فعلى قرابته » ولان نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة فقدمت على مجرد المواساة وكذلك وجبت مع يساره وإعساره بخلاف نفقة القريب ثم من بعدها نفقة الرقيق لانها تجب مع اليسار والاعسار فقدمت على مجرد المواساة ثم من بعد ذلك الاقرب فالاقرب

(مسألة) (فان كان له ابوان فهو بينهما)

النفقة لانها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان. وإن قدمت الاحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع لانها فوتت عليه التمكين بشيء مستغنى عنه

فصل فان اعتكفت فالقياس انه كسفرها ان كان بغير اذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير اذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع وان كان باذنه فلا نفقة لها على قول الخرقي. وقال القاضي لها النفقة، وان صامت رمضان لم تسقط نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فلم تسقط نفقتها كالصلاة ولانه يكون صائماً معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه وان كان تطوعا لم تسقط نفقتها لانها لم تخرج عن قبضته ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها فانه يمكنه تفطيرها ووطؤها فان أراد ذلك منها فمنعته نفسها سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب وان كان صوما منذوراً معلقاً بوقت معين فقال القاضي لها النفقة لان احمد نص على انه ليس له منعها ويحتمل انه ان كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر باذنه لم تسقط نفقتها لانه كان واجباً عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن في سببه وان كان النذر في نكاحه بغير اذنه فلا نفقة لها لانها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا ندبها اليه. وان كان النذر مطلقا أو كان صوم كفارة فصامت باذنه فلها النفقة لانها أدت الواجب باذنه فأشبه مالو صامت

هذا أحد الوجوه لتساويهما في القرب (والثاني) تقدم الام لانها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي أضعف واعجز (والثالث) يقدم الاب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاق الاخذ من ماله واضافة النبي ﷺ الولد وماله اليه بقوله «أنت ومالك لابيك» والاول أولى

(مسئلة) (وان كان معهما ابن فقال القاضي ان كان الابن صغيراً أو مجنونا قدم)

لان نفقته وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والكبير في مظنة الكسب وان كان الابن كبيراً والاب زمن فهو أحق لان حرمته آكد وحاجته أشد ويحتمل تقديم الابن لان نفقته وجبت بالنص وان كانا صحيحين فقيرين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) التسوية لتساويهما في القرب (والثاني) تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص (والثالث) تقديم الوالد لتأكد حرمته

(مسئلة) (وان كان له اب وجد أو ابن وابن ابن فالاب والابن أحق)

وقال أصحاب الشافعي يستوى الاب والجد في أحد الوجهين وكذلك الابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب

ولنا ان الابن والاب أقرب وأحق بميراثه فكانا أحق كالاب مع الاخ

(فصل) وان أجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احتمل وجهين (احدهما) تقديم الابن والاب

المعين في وقته وان صامت بغير اذنه فقال القاضي لا نفقة لها لانها يمكنها تأخيره فانه على التراخي وحق الزوج على الفور وان كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته فكذلك وان كان وقته مضيقا مثل أن قرب رمضان الآخر فعليه نفقتها لانه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان

(مسألة) قال (واذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة فلا سكنى لها ولا نفقة الا أن تكون حاملا)

وجملة الامر أن الرجل اذا طلق امرأته طلاقا بائناً فاما ان يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى باجماع أهل العلم لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس «لا نفقة لك الا أن تكوني حاملا» ولان الحمل ولده فيلزمه الانفاق عليه ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالانفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع ، وان كانت حائلا فلا نفقة لها . وفي السكنى روايتان (إحداهما) لها ذلك وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وعائشة وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعي للآية (والرواية الثانية) لاسكنى لها ولا نفقة وهي ظاهر المذهب وقول علي وابن عباس وجابر وعطاء وطاوس والحسن وعكرمة وميمون بن مهران وإسحاق وأبي ثور

لانهما أقرب فانهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط ارثهما بحال والجد وابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينهما لانهما سواء في الارث والتعصيب والولادة والاول اولى فان اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والارث والولادة والتعصيب ويحتمل تقديم الابن لان نفقته ثبتت بالنص ولانه يسقط تعصيب الجد ويحتمل تقديم الجد لتأكد حرمته بالابوة وان اجتمع جد وأخ احتمل التسوية بينهما لتساويهما في استحقاق الميراث والصحيح تقديم الجد لان له مزية الولادة والابوة ولان ابن ابنه يرثه ميراث ابن والاخ ميراث أخ وميراث الابن آكد فالنفقة الواجبة به تكون آكد وان كان مكان الاخ ابن أخ أو عم فالجد أحق بكل حال لانه يقدم عليهما في الميراث

(مسألة) (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين)

وقيل في عمودي النسب روايتان ذكرهما القاضي (إحداهما) تجب مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لانها نفقة مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوك ولانه يعتق عليه فيجب عليه الانفاق عليه كما لو اتفق دينهما

ولنا انها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب ولانهما لا يتوارثان فلم يجب لاحدهما على الآخر نفقة القرابة كما لو كان أحدهما رقيقا ويفارق نفقة الزوجات لانها عوض يجب مع الاعسار فلم ينافها اختلاف الدين كالصداق والاجرة وكذلك يجب

وداود وقال أكثر الفقهاء العراقيين لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه والبتي والعنبري لان ذلك يروى عن عمر وابن مسعود . ولانها مطلقة فوجبت لها النفقة والسكنى كالرجعية، وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر انه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة وسعيد بن المسيب وتأولوه

ولنا ما روت فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله ﷺ تذكر ذلك له فقال «ليس لك عليه نفقة ولا سكنى» فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك متفق عليه . وفي لفظ فقال رسول الله ﷺ « انظري يا ابنة قيس انما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فاذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » رواه الامام احمد والأثرم والحميدي وغيرهم

قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها قول أحمد بن حنبل ومن تابعه أصح وأحج لانه ثبت عن النبي ﷺ نصاً صريحاً فأي شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي ﷺ الذي هو المبين عن الله مراده ولا شيء يدفع ذلك . ومعلوم انه أعلم بتأويل قول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)

وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي وابن عباس ومن وافقهما والحجة معهم ولولم

مع اتفاق دينهما أو في أحدهما وكذلك نفقة المماليك ولان هذه النفقة صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كاداء زكاته اليه وعقله عنه وإرثه منه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ترك الانفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه)

لان نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة واحياء النفس وتزجية الحال وقد حصل له ذلك في الماضي بدونها فان كان الحاكم قد فرضها فينبغي أن تلزمه لانها تأكدت بفرض الحاكم فلزمته كنفقة الزوجة

(فصل) ويلزم الرجل اعفاف أبيه إذا احتاج إلى النكاح ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في اعفاف الاب الصحيح وجه أنه لا يجب ، وقال أبو حنيفة لا يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لان ذلك من الملاذ فلم تجب للاب كالحلوى، ولانه أحد الابوين فلم يجب ذلك له كالام

ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته اليه ويستضر بفقده فلزم ابنه له كالنفقة ولا يشبه الحلوى فانه لا يستضر بفقدها وإنما يشبه الطعام والادم ، وأما الام فان اعفافها إنما هو بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفء لها ونحن نقول بوجوبه عليه وهم يوافقوننا في ذلك إذا ثبت ذلك . فانه يجب اعفاف من وجبت نفقته من الآباء والاجداد فان اجتمع جدان ولم يمكن الا اعفاف أحدهما قدم الاقرب إلا ان يكون أحدهما من جهة الاب والآخر من جهة الام فيقدم الذي من جهة الاب وان بعد لانه عصبة والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الانفاق والاستحقاق

يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله ﷺ فان قول رسول الله ﷺ حجة على عمر وعلى غيره ولم يصح عن عمر انه قال لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فان احمد أنكره وقال أما هذا فلا ولكن قال لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا أمر يرده الاجماع على قبول قول المرأة في الرواية فأي حجة في شيء يخالفه الاجماع وترده السنة ويخالفه فيه علماء الصحابة. قال اسماعيل بن اسحاق نحن نعلم أن عمر لايقول لاندع كتاب ربنا الا لما هو موجود في كتاب الله والذي في الكتاب أن لها النفقة اذا كانت حاملا بقوله سبحانه (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما غير ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لانفقة لهن لاشتراطه الحمل في الامر بالانفاق

وقد روى أبو داود وغيره من الائمة باسنادهم عن ابن عباس قال: ففرق رسول الله ﷺ بينهما يعني المتلاعنين وقضى أن لابيت لها عليه ولا قوت، ولان هذه محرمة عليه تحريماً لاتزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة أو كالأجنبية وفارقت الرجعية في ذلك، وأما الرجعية فلها السكنى والنفقة للآية والخبر والاجماع ولانها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه

(فصل) فأما الملاعنة فلا سكنى لها ولا نفقة إن كانت غير حامل للخبر وكذلك إن كانت حاملا فنفى حملها وقلنا انه ينتفي عنه أو قلنا انه ينتفي بزوال الفراش، وإن قلنا لاينتفي بنفيه أو لم ينفه

(فصل) وإذا وجب عليه اعفاف أبيه فهو مخير ان شاء زوجه وان شاء ملكه امة أو دفع اليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة وليس للاب التخيير عليه إلا أن الاب اذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصداقهما واحد قدم تعيين الاب لان النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤاً و لأب غيره قدم تعيينها فان اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الاكثر لانه إنما يلزمه أقل مايحصل به الكفاية وليس له أن يزوجه قبيحة ولا يملكه إياها ولا كبيرة لااستمتاع فيها ولا أن يزوجه امة لان فيه ضرراً بارقاق ولده والنقص في استمتاعه فان رضي الاب بذلك لم يجز لان الضرر يلحق بغيره وهو الولد وكذلك لم يكن للموسر أن يتزوج امة، ومتى أيسر الاب لم يكن للولد استرجاع مادفعه اليه ولا عوض مازوجه به لانه دفعه اليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة فان زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الامة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانياً لانه فوت ذلك على نفسه فان ماتتا فعليه اعفافه ثانياً لانه لاصنع له في ذلك، وعلى الاب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا إلى الاعفاف ذكره أصحابنا وهو قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم لا يجب ذلك.

ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته اليه كأبيه، قال القاضي وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم وغيرهم، لان أحمد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك والا بيع عليه.

وقلنا انه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لان ذلك للحمل أولها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن فان نفى الحمل فأنفقت امه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استلحقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر المسكن والرضاع لانها فعلت ذلك على انه لا أب له فاذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه، فان قيل النفقة لأجل الحمل نفقة الاقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف ترجع عليه بما يسقط عنه قلنا بل النفقة للحامل من أجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة، وان سلمنا انها للحمل الا أنها مصروفة اليها ويتعلق بها حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها

[فصل] فأما المعتدة من الوفاة فان كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة لان النكاح قد زال بالموت وان كانت حاملا ففيها روايتان

[احداهما] لها السكنى والنفقة لانها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة [والثانية] لا سكنى لها ولا نفقة لان المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لانه ان كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي وهذه الرواية أصح

(فصل) وهل تجب نفقة الحمل[1] للحامل من أجل الحمل أو للحمل فيه روايتان [احداهما] تجب للحمل اختارها أبو بكر لانها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل على أنها له

[1] في نسخة نفقة الحامل

(مسألة) (ومن لزمته نفقة رجل فهل يلزمه نفقة امرأته؟ على روايتين)

كل من لزمه اعفاف رجل لزمته نفقة امرأته . لانه لا يتمكن من الاعفاف إلا بذلك ، وقد روي عن أحمد أنه لا يلزم الاب نفقة زوجة الابن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها .

(فصل) والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والادم والكسوة بقدر العادة كما ذكرنا في الزوجة لانها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة ، وقد قال النبي ﷺ لهند «خذي مايكفيك وولدك بالمعروف» فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فان احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كما قلنا في الزوجة لان ذلك من تمام الكفاية

(فصل) ويجب على المعتق نفقة عتيقه على قولنا إن النفقة تجب على الوارث على ما قررناه والمعتق وارث عتيقه فوجبت عليه نفقته إذا كان فقيراً ولمولاه يسار ينفق عليه منه وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لا تجب عليه نفقته بناء على أصولهم المذكورة

ولنا قوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وقول النبي ﷺ « أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقاً واجباً ورحماً موصولا » ولانه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالاب، ويشترط في وجوب الانفاق عليه الشروط المذكورة في غيره

[والثانية] تجب لها من أجله لانها تجب مع اليسار والاعسار فكانت له كنفقة الزوجات ، ولانها لاتسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في حياته وللش فعي قولان كالروايتين، وينبني على هذا الاختلاف فروع منها أنها اذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفقتها على سيدها لأنه مالكه ، وإن قلنا لها فعلى الزوج لان نفقتها عليه ، وإن كان الزوج عبداً وقلنا هي للحمل فليس عليه نفقته لانه لاتلزمه نفقة ولده ، وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا ، وإن كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطيء لانه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع، وان قلنا للحامل فلا نفقة عليها لانها ليست زوجة يجب الانفاق عليها ، وإن نشزت امرأة انسان وهي حامل وقلنا النفقة للحمل لم تسقط نفقتها لان نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه ، وإن قلنا لها فلا نفقة لها لانها ناشز .

[فصل] ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة اليها يوما فيوما كما يلزمه دفع نفقة الرجعية ، وقال الشافعي في أحد قوليه لايلزمه دفعها اليها حتى تضع لان الحمل غير متحقق ولهذا وقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى [وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن] ولانها محكوم لها بالنفقة فوجب دفعها اليه كالرجعية،وما ذكروه غير صحيح فان الحمل يثبت بالامارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الاخذ في الزكاة ووجوب الدفع

(فصل) فان مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصباته على ماذكرناه في الولاء ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لانه عصبتهم ووارثهم وعليه نفقة أولاد معتقيه إذا كان أبوهم عبداً كذلك فان أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت الشروط وليس على العتيق نفقة معتقه وان كان فقيراً لانه لايرثه ، فان كان واحد منهما مولى الآخر فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لانه يرثه

(فصل) وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو امة لان الحرة ولدها أحرار وليس على العبد نفقة أقاربه الاحرار لان نفقتهم تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها وان كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها لانهم يتبعونها فتكون نفقتهم على مالكهم

(فصل) ونفقة أولاد المكاتب الاحرار وأقاربه لا تجب عليه لانها تجب على سبيل المواساة وليس هو من أهلها وكذلك لاتجب عليه الزكاة في ماله فان كانت زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لانهم يتبعونها في الحرية، وان كان لهم أقارب أحرار كجد وأخ حر مع الام أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب كالمعدوم بالنسبة إلى النفقة ، فأما ولد المكاتب من امته فنفقتهم عليه لان ولده من أمته تابع له يعتق بعتقه فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أنه ينفق على نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولان هذا الولد ليس له من ينفق عليه سوى أبيه فان أمه امة للمكاتب وليس له من الاحرار أقارب

في الدية فهو كالمتحقق ولا يشبه هذا الميراث فان الميراث لا يثبت الا بمجرد الحمل فانه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع ولا يوجد ذلك قبله ولا ننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود توريثه بخلاف مسئلتنا فان النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه، فاذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها ودفع اليها ان كان حملا فقد استوفت حقها وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها سواء دفع اليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه لا يرجع، والصحيح أنه يرجع لانه دفعه على أنه واجب فاذا بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها ديناً فبان أنه لم يكن عليه دين، وإن أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لانها شهادة على مالا يطلع عليه الرجال أشبه الرضاع وقد ثبت الاصل بالخبر

(فصل) ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد لانه ليس بينهما نكاح صحيح فان طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء فلا عدة عليها، وإن كان بعد الوطء فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حائلا لانه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى، وإن كانت حاملا فعلى ما ذكرنا من قبل فان قلنا لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق لانه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها لانه ان كان عالماً بعدم الوجوب فهو متطوع به وإن لم يكن عالما فهو مفرط فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية وكل معتدة من الوطء في

فيتعين على المكاتب الانفاق عليه كأمه ولانه لا ضرر على السيد في انفاق المكاتب على ولده من أمته لانه إذا أدى وعتق فقد في مال الكتابة وليس للسيد أكثر منه وان عجز ورق عاد اليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه انما أنفق على عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه

(فصل) فأما ولد المكاتب اذا كان من زوجته المكاتبة فانهم يتبعونها في الكتابة ويكون حكمهم حكمها ان رقت رقوا وان عتقت بالاداء عتقوا فتكون نفقتهم عليها بما في يديها لانهم في حكم نفسها ونفقتها على نفسها مما في يدها فكذلك نفقة ولدها، وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لانهم عبيد لسيد المكاتبة فان أراد المكاتب التبرع بالنفقة على ولده من امة أو مكاتبة لغير سيده أو حرة فليس له ذلك لان فيه تغريراً بمال سيده، وان كان من أمة لسيده جاز لانه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده وان كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لانه في الحال بمنزلة امه وامه مملوكة لسيدها واحتمل أن لا يجوز لان فيه تغريراً ويحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الانفاق عليه من مال سيده ويصير حراً

(فصل) ويجب نفقة ظئر الصبي على من تلزمه نفقته، لان نفقة ظئر الصغير كنفقة الكبير ويختص وجوب النفقة بالاب وحده كالكبير

(مسئلة) (وليس له منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك)

غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطىء نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد وان كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملا كانت أوحائلا لانه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب اليه

﴿مسألة﴾ قال (واذا خالعت المرأة زوجها وأبرأته من حملها لم يكن لها نفقة ولا للولد حتى تفطمه)

أما إذا خالعته ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كما لوطلقها ثلاثا وهي حامل لان الحمل ولده فعليه نفقته وان أبرأته من الحمل عوضا في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه، وقد ذكرناه في الخلع ويبرأ حين تفطمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد الى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لان البراءة المطلقة تنصرف الى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لان المطلق اذا كان له عرف انصرف الى العرف، وان اختلفا في مدة الرضاع انصرف الى حولين لقوله سبحانه (وفصاله في عامين) وقال تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة) ثم قال (فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح

إذا طلبت الام رضاع ولدها بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الاب مرضعة متبرعة أو لم يجد، قال أصحاب الشافعي ان كانت في حبال الزوج فللزوج منعها من رضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الاحيان، وان استأجرها على رضاعه لم يجز لان المنافع حق له فلا يجوز ان يستأجر ماهو أو بعضه حق له، وان ارضعت الولد فهل لها اجر المثل؟ على وجهين وان كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فاراد انتزاعه منها ليسلمه الى من يرضعه باجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك، وان وجد متبرعة أو مرضعة بدون اجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لانه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها، وقال ابو حنيفة ان طلبت الاجرة لم يلزم الاب بذلها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لانه امكن الجمع بين الحقين فلم يجز الاخلال باحدهما

ولنا قوله سبحانه (والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين) فقدمن على غيرهن وهذا خبر يراد به الامر وهو عام في كل والدة وقوله (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن)

ولنا على جواز الاستئجار انه عقد اجارة يجوز مع غير الزوج إذا اذن فيه فجاز مع الزوج كاجارة نفسها للخياطة، وقولهم ان المنافع مملوكة له لا يصح فانه لو ملك منفعة الحضانة لملك اجبارها عليها ولم يجز اجارة نفسها لغيره باذنه وكانت الاجرة له وانما امتنع اجارة نفسها لاجنبي بغير اذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الزمان ولهذا جازت باذنه وإذا استأجرها فقد اذن لها في اجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي، اما الدليل على وجوب تقديم الام إذا

عليهما) فدل على أنه لايجوز فصاله قبل العامين الا بتراض منهما وتشاور وان قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أونحو ذلك فهو على ماقدراه وهو أحسن لانه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك الى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي انما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لانها في حكم المالكة لها لانها هي القابضة لها المستحقة المتصرفة فيها فانها في مدة الحمل هي الآكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها وهي الآخذة لها المتصرفة فيها أيضاً فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضاً، فاما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلايصح ان يعارض به في الخلع لانه ليس هو لها ولاهو في حكم ماهو لها

(مسألة) قال (والناشز لانفقة لها فان كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها)

معنى النشوز معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح وأصله من الارتفاع مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشزاً ، فمتى امتنعت من فراشه أوخرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه الى مسكن مثلها أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكنى فى قول عامة أهل العلم منهم الشعبي وحماد ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور وقال الحكم لها النفقة وقال ابن المنذر لاأعلم أحداً خالف هؤلاء الا الحكم ولعله يحتج بان نشوزها لايسقط مهرها فكذلك نفقتها

طلبت أجر المثل على المتبرعة فا ذكرنا من الآيتين، ولان الام أحنى وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الاجنبية رضاعه بأجر مثلها ولان في رضاع غيرها تفويتاً لحق الام من الحضانة واضراراً بالولد ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والاضرار بالولد لغرض اسقاط حق أوجبه الله تعالى على الاب، وقول أبي حنيفة يفضي الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الام في إرضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الام أكثر من أجر مثلها ووجد الاب من يرضعه باجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لانها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ماليس لها فدخلت في قوله تعالى (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) وان لم يجد مرضعة الا بتلك الاجرة فالام أحق لانهما تساوتا في الاجر فقدمت الام كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

(فصل) وإن طلبت المزوجة باجنبي ارضاع ولدها بأجر مثلها باذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لان الام انما منعت من الارضاع لحق الزوج فاذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إليه

(فصل) وان أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت الى زيادة نفقة لزمه لقول الله

ولنا أن النفقة انما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها اليه واذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فاذا منعته التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، ويخالف المهر فانه يجب بمجرد العقد ولذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة، فأما اذا كان له منها ولد فعليه نفقة ولده لانها واجبة له فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه أن يعطيها إياها إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة له وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه اليها لانه أجر ملكته عليه بالارضاع لا في مقابلة الاستمتاع ولا يزول بزواله

[فصل] وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها، وإن كان غائباً لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله او حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الامكان. ولو ارتدت امرأته سقطت نفقتها فان عادت إلى الاسلام عادت نفقتها بمجرد عودها لان المرتدة انما سقطت نفقتها بخروجها عن الاسلام فاذا عادت اليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ههنا والله أعلم

تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولانها تستحق عليه قدر كفايتها فاذا زادت حاجتها زادت كفايتها

﴿مسألة﴾ (وان امتنعت من رضاعه لم تجبر الا أن يضطر اليها ويخشى عليه)

ليس للزوج اجبار أم الولد على ارضاعه دنية كنت أو شريفة وسواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة قال شيخنا ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك اذا كانت مفارقة خلافا وكذلك إن كانت مع الزوج عندنا، وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له اجبارها على ذلك وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه وان كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قول الله تعالى (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) واذا اختلفا فقد تعاسرا ولان الاجبار على الرضاع إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما لا يجوز أن يكون لحق الزوج فانه لا يملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به، ولا يجوز أن يكون لحق الولد لانه لو كان له لزمها بعد الفرقة ولانه مما يلزم الوالد لولده فلزم الاب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة، ولا يجوز أن يكون لهما لان مالا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض

(باب من أحق بكفالة الطفل)

كفالة الطفل وحضانته واجبة لانه يهلك بتركه فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته لان فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط. ولا تثبت الحضانة لطفل ولا معتوه لانه لا يقدر عليها وهو محتاج إلى من يكفله فكيف يكفل غيره؟ ولا الفاسق لانه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة ولا حظ للولد في حضانته لانه ينشأ على طريقته. ولا الرقيق وبهذا قال عطاء والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك في حر له ولد حر من أمة: الام أحق به إلا أن تباع فتنقل فيكون الاب أحق به لانها أم مشفقة فأشبهت الحرة

ولنا انها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة بها لكونها مملوكة لسيدها فلم يكن لها حضانة كما لو بيعت ونقلت، ولا تثبت لكافر على مسلم وبهذا قال مالك والشافعي وسوار والعنبري، وقال ابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأي تثبت له لما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع ابن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتي فقال النبي ﷺ « اقعد ناحية — وقال لها — اقعدي ناحية — وقال — ادعواها »

ولانه لو كان لها لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حالة الانفاق وعدم التعاسر فأما ان اضطر الولد اليها بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب عليها التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن أحد غيرها

﴿مسئلة﴾ ولا يجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة]

﴿مسئلة﴾ [وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر اليها]

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له منعها كالخروج من منزله فأما ان اضطر اليه بأن لا توجد من ترضعه غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.

[فصل] فان أرادت إرضاع ولدها فكلام الخرقي يحتمل وجهين :

فمالت الصبية إلى أمها فقال النبي ﷺ « اللهم اهدها » فمالت إلى أبيها فأخذها . رواه أبو داود

ولنا انها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم كولاية النكاح والمال ولانها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى فان ضرره أكثر فانه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الاسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر . والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه . فأما الحديث فقد روي على غير هذا الوجه ولا يثبته أهل النقل وفي إسناده مقال . قال ابن المنذر ويحتمل أن النبي ﷺ علم انها تختار أباها بدعوته فكان ذلك خاصاً في حقه فأما من بعضه حر فان لم يكن بينه وبين سيده مهايأة فلا حضانة له لانه لا يقدر عليها لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده ، وان كان بينهما مهايأة فقياس قول احمد ان له الحضانة في أيامه لانه قال كل ما يتجزأ فعليه النصف من كل شيء . وهذا اختيار أبي بكر . وقال الشافعي لا حضانة له لانه كالقن عنده . وهذا أصل قد تقدم

(مسئلة) قال (والام أحق بكفالة الطفل والمعتوه اذا طلقت)

وجملته ان الزوجين إذا افترقا ولهما ولد طفل او معتوه فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ذكراً كان أو أنثى وهذا قول يحيى الانصاري والزهري والثوري ومالك والشافعي

[أحدهما] له منعها لعموم لفظه في هذه المسئلة وهو قول الشافعي لانه يخل بالاستمتاع منها فأشبه ولد غيرها [والثاني] ليس له منعها فانه قال إلا أن تشاء الام أن ترضعه بأجر مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين] وهو خبر يراد به الامر وهو عام في كل والدة ، وقال أصحاب الشافعي يحمل على المطلقات ولا يصح ذلك لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الاول انه يخل باستمتاعه . قلنا : ولكن لا يفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعاً كما أن قضاء دينه بدفع ما له فيه واجب لا سيما اذا تعلق به حق الولد مع كونه مع أمه وحق الام في الجميع بينهما وبين ولدها ؛ وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى والاول ظاهر كلام القاضي أبي يعلى .

(فصل) فان أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضي المدة لان منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه أشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة ، وان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضى الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ، ولانه

وأبي ثور وإسحاق وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم والاصل فيه ماروى عبدالله بن عمرو بن العاص ان امرأة قالت يارسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » رواه أبوداود . ويروى أن ابا بكر الصديق حكم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم وقال ريحها وشمها ولطفها خير له منك . رواه سعيد في سننه . ولانها أقرب اليه وأشفق عليه ولا يشاركها في القرب إلا أبوه وليس له مثل شفقتها ولا يتولى الحضانة بنفسه وانما يدفعه الى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه

(فصل) فان لم تكن الام من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها او بعضها فهي كالمعدومة وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق ولو كان الابوان من غير أهل الحضانة انتقلت إلى من يليهما لانهما كالمعدومين

(فصل) ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه واليه الخيرة في الاقامة عند من شاء من أبويه فان كان رجلا فله الانفراد بنفسه لاستغنائه عنهما ويستحب أن لاينفرد عنهما ولا يقطع بره عنهما . وان كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه لانه لايؤمن أن يدخل عليها من يفسدها ويلحق العار بها وبأهلها وان لم يكن لها أب فلوليها وأهلها منعها من ذلك

يجوز له الوطء مع اذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقه

(فصل) فان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع باذن زوجها جاز ولزم العقد لان الحق لهما لايخرج عنهما . وإن أجرتها بغير اذنه لم يصح لتضمنه تفويت حق زوجها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر يصح لانه يتأول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا انه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله وعلى السيد الانفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوتهم بالمعروف نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو ذر عن النبي ﷺ أنه قال «اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم مايغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم عليه » متفق عليه . وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل مالا يطيق » رواه الشافعي في مسنده . وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ، ولانه لابد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته

[فصل] والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده او دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لحديث ابي هريرة ، والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله «فليطعمه

(مسئلة) قال (واذا بلغ الغلام سبع سنين خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما)

وجملته ان الغلام إذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه إذا تنازعا فيه فمن اختاره منهما فهو أولى به قضى بذلك عمر وعلي وشريح وهو مذهب الشافعي وقال مالك وابو حنيفة لايخير لكن قال أبو حنيفة اذا استقل بنفسه فأكل بنفسه ولبس بنفسه واستنجى بنفسه فلاب أحق به ومالك يقول الام أحق به حتى يثغر . وأما التخيير فلا يصح لان الغلام لاقول له ولا يعرف حظه وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدي إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع

ولنا ماروى ابو هريرة ان النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد باسناده والشافعي وفي لفظ عن أبي هريرة قال : جاءت امرأة الى النبي ﷺ فقالت يارسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة وقد نفعني ؟ فقال له النبي ﷺ « هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت » فأخذ بيد أمه فانطلقت به . رواه ابو داود ، ولأنه اجماع الصحابة فروي عن عمر أنه خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، وروي عن عمارة الجرمي انه قال خيرني علي بين عمي وأمي وكنت ابن سبع او ثمان ، وروي نحو ذلك عن ابي هريرة وهذه قصص في مظنة الشهرة

مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين فحملنا خبر أبي هريرة على الاجزاء وحديث أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه ان كان له كسب وان ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه او يجعله برسم نفقة خدمته وينفق عليه من ماله لان الكل ماله فان جعل نفقته في كسبه وكانت وفق الكسب صرفها اليه وان فضل من الكسب شيء فهو لسيده وان أعوز فعليه تمامه ، وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والمستحب أن يلبسه من لباسه لحديث أبي ذر ، ويستحب أن يسوي بين عبيده الذكور في الكسوة والاطعام وبين إمائه إن كن للخدمة أو للاستمتاع وإن كان فيهن من هو للخدمة ومن هو للاستمتاع فلابأس بزيادة من هي للاستمتاع في الكسوة لانه للعرف ولان غرضه تجميل من يستمتع بها بخلاف الخادمة

﴿ مسئلة ﴾ [وعليه تزويجهم اذا طلبوا ذلك]

وهذا احد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لايجبر عليه لان فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يلزمه كاطعام الحلواء

ولنا قول الله تعالى [وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم] والامر يقتضي الوجوب ولا يجب الا عند الطلب وروى عكرمة عن ابن عباس قال من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها او عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب اعفافها لما لحق السيد

ولم تنكر فكانت اجماعا ، ولان التقديم في الحضانة يلحق به الولد فيتقدم من هو أشفق لان حظ الولد عنده أكثر واعتبرنا الشفقة بمظنتها اذ لم يمكن اعتبارها بنفسها فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الاكرام وضده فمال إلى أحد الابوين دل على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدم بذلك وقيدناه بالسبع لانها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالامر بالصلاة ، ولان الام قدمت في حال الصغر لحاجته الى حمله ومباشرة خدمته لانها أعرف بذلك وأقوم به فاذا استغنى عن ذلك تساوى والداه لقربهما منه فرجح باختياره

[فصل] ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه فان عاد فاختار الاول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه لانه اختيار شهوة لحظ نفسه فاتبع مايشتهيه كما يتبع مايشتهيه في المأكول والمشروب وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت وعند الآخر في وقت وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لاينقطع عنهما ، وإن خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة لانه لامزية لاحدهما على صاحبه ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة فاذا قدم بها ثم اختار الآخر رد اليه لاننا قدمنا اختياره الثاني على الاول فعلى القرعة التي هي بدل أولى

[فصل] فان كان الاب معدوما أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الاب فيخير الغلام بين أمه وعصبته لان علياً رضي الله عنه خير عمارة الجرمي

الاثم بفعلهما ولانه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمت اجابته كالمحجور عليه للسفه ولان النكاح مما تدعوا الحاجة اليه غالبا ويتضرر بفواته فاجبر عليه كالنفقة ولانه يخاف من ترك اعفافه الوقوع في المحظور بخلاف الحلواء . اذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه او تمليكه امة يتسراها وله ان يزوجه امة لان نكاح الامة مباح للعبد من غير شرط ولا يجب عليه تزويجه الا عند طلبه لان هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة اليه ولا نعلم حاجته الا بطلبه ولا يجوز تزويجه الا باختياره اذا كان عبدا كبيراً واذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلا لان اذنه في النكاح اذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ماقدمناه

﴿ مسئلة ﴾ (الا الامة إذا كان يستمتع بها)

وجملته ان السيد مخير في الامة بين تزويجها اذا طلبت ذلك وبين الاستمتاع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره لان المقصود قضاء الحاجة وازالة ضرر الشهوة وذلك يحصل باحدهما فلم يتعين الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يكلفهم من العمل ما لايطيقون)

وهو مايشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذرو لان ذلك يضربه ويؤذيه وهو ممنوع من ذلك

﴿ مسئلة ﴾ [ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات]

بين أمه وعمه ، ولانه عصبة فأشبه الاب وكذلك إن كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى الجدة خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات فان كان الابوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم إلى امرأة كأخته وعمته أو خالته قامت مقام أمه في التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذي ذكرناه في الابوين فان كان الابوان رقيقين وليس له أحد من أقاربه سواهما فقال القاضي لاحضانة لهما عليه ولا نفقة له عليهما ونفقته في بيت المال ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين

(فصل) وانما يخير الغلام بشرطين (أحدهما) أن يكونا جميعاً من أهل الحضانة فان كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم ويعين الآخر

(الثاني) أن لا يكون الغلام معتوها فان كان معتوها كان عند الام ولم يخير لان المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيراً ولذلك كانت الام أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ، ولو خير الصبي فاختار أباه ثم زال عقله رد إلى الام وبطل اختياره لانه انما خير حين استقل بنفسه فاذا زال استقلاله بنفسه كانت الام أولى لانها أشفق عليه وأقوم بمصالحه كما في حال طفوليته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا بلغت الجارية سبع سنين فالاب أحق بها)

وقال الشافعي تخير كالغلام لان كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ ،وقال

لان العادة جارية بذلك ولان عليهم في ترك ذلك ضرراً ولا يحل الاضرار بهم

﴿ مسئلة ﴾ [ويداويهم اذا مرضوا]

اذا مرض المملوك او زمن او عمي او انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والانفاق عليه لان نفقته تجب بالملك ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع المرض والعمى والزمانة فتجب نفقته معهما لعموم النصوص المذكورة

﴿ مسئلة ﴾ [وإذا ولي احدهم طعامه أطعمه معه فان أبى أطعمه منه]

لما روى أبو هريرة ان النبي ﷺ قال «إذا كفى احدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجاسه معه فان أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخاري ومعنى ترويغ اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ودفعها اليه ولانه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه اياه وقد قال الله تعالى [وإذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه] ولان نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

﴿ مسئلة ﴾ [ولا يسترضع الامة لغير ولدها الا ان يكون فيها فضل عن ريه]

لان فيه اضراراً بولدها لنقصه في كفايته وصرف اللبن المخلوق له الى غيره مع حاجته اليه فلم يجز كما لو اراد ان ينقص الكبير عن كفايته ومؤنته فان كان فيها فضل عن ري ولدها جاز لانه

أبو حنيفة الام أحق بها حتى تزوج أو تحيض ، وقال مالك الام أحق بها حتى تزوج أو يدخل بها الزوج لانها لاحكم لاختيارها ولا يمكن انفرادها فكانت الام أحق بها كما قبل السبع

ولنا أن الغرض بالحضانة الحظ والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها لانها تحتاج إلى حفظ والاب أولى بذلك فان الام تحتاج إلى من يحفظها ويصونها ، ولانها اذا بلغت السبع قاربت الصلاحية للتزويج ، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة سبع وانما تخطب الجارية من أبيها لانه وليها والمالك لتزويجها وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره ولا يصار إلى تخييرها لان الشرع لم يرد به فيها ولا يصح قياسها على الغلام لانه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها اليه ولا على سن البلوغ لان قولها حينئذ معتبر في اذنها وتوكيلها واقرارها واختيارها بخلاف مسئلتنا ولا يصح قياس مابعد السبع على ماقبلها لما ذكرنا في دليلنا

(فصل) اذا كانت الجارية عند الام أو عند الاب فانها تكون عنده ليلا ونهاراً لان تأديبها وتخريجها في جوف البيت من تعليمها الغزل والطبخ وغيرهما ولا حاجة بها إلى الاخراج منه ولا يمنع أحدهما من زيارتها عند الآخر من غير أن يخلو الزوج بأمها ولا يطيل ولا يتبسط لان الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر ، وإن مرضت فالام أحق بتمريضها في بيتها ، وإن كان الغلام

ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استبقاؤه كالفاضل من كسبه أو كما لو مات ولدها وبقي لبنها

﴿ مسئلة ﴾ [ولا يجبر العبد على المخارجة وان اتفقا عليها جاز]

معنى المخارجة أن يضرب عليه خراجا معلوما يؤديه إلى سيده وما فضل للعبد لان ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وإن طلب العبد ذلك وأباه السيد لم يجبر عليه لما ذكرنا فان اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجرة وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجا فروي أن الزبير كان له الف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم

وجاء أبو لؤلؤة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ، ثم ينظر فان كان ذا كسب فجعل عليه بقدر ما يفضل عن كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فان لهما به نفعاً فان العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في النفقة ويتسع به ، وان وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز وكذلك ان كلف من لا كسب له المخارجة لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب فانكم متى كلفتموه الكسب سرق ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فانكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ولانه متى كلف غير ذي الكسب خراجا كلفه ما يغلبه وقد قال النبي ﷺ « لا تكلفوهم ما يغلبهم » وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه

عند الام بعد السبع لاختياره لها كان عندها ليلا ويأخذه الاب نهاراً ليسلمه في مكتب أو في صناعة لان القصد حظ الغلام وحظه فيما ذكرناه ، وإن كان عند الاب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لان منعه من ذلك اغراء بالعقوق وقطيعة الرحم وإن مرض كانت الام أحق بتمريضه في بيتها لأنه صار بالمرض كالصغير في الحاجة إلى من يقوم بأمره فكانت الام أحق به كالصغير وإن مرض أحد الابوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته سواء كان ذكراً أو أنثى لان المرض يمنع المريض من المشي إلى ولده فمشي ولده اليه أولى . فأما في حال الصحة فان الغلام يزور أمه لانها عورة فسترها أولى والام تزور ابنتها لان كل واحدة منهما عورة تحتاج إلى صيانة وستر وستر الجارية أولى لان الام قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية

(فصل) واذا أراد أحد الابوين السفر لحاجة ثم يعود والآخر مقيم فالمقيم أولى بالحضانة لان في المسافرة بالولد اضرارا به وإن كان منتقلا إلى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا أو البلد الذي ينتقل اليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة لان في السفر به خطراً به ، ولو اختار الولد السفر في هذه الحال لم يجب اليه لان فيه تغريراً به . وإن كان البلد الذي ينتقل اليه آمناً وطريقه آمن فالاب أحق به سواء كان هو المقيم أو المنتقل إلا أن يكون بين البلدين قريب بحيث يراهم الاب كل يوم ويرونه فتكون الام على حضانتها . وقال القاضي اذا كان السفر دون مسافة القصر فهو في حكم الاقامة وهو قول

(مسألة) (ومتى امتنع السيد من الواجب عليه وطلب العبد البيع لزمه بيعه)

وجملة ذلك أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لان بقاء ملكه عليه مع الاخلال بسد خلاته اضرار به وازالة الضرر واجبة فوجب إزالته وكذلك أجزنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها وقد روي في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال « عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني » وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده وطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه ، وقد روى أبو داود عن أحمد أنه قيل له استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يكسي ويطعمها مما يأكل ؟ قال لا تباع وان أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني ، وقال عطاء واسحاق في العبد يحسن اليه سيده وهو يستبيع لا يبيعه لان الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الانفاق عليها .

(مسألة) (وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته)

له تأديب عبده وامته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز وليس له ضربه على غير ذنب ولا أن يضربه ضربا مبرحا وان أذنب ولا لطمه في وجهه ، وقد روي

بعض أصحاب الشافعي لان ذلك في حكم الاقامة في غير هذا الحكم فكذلك في هذا . ولان مراعاة الاب له ممكنة والمنصوص عن احمد ماذكرناه وهو أولى لان البعد الذي يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله فأشبه مسافة القصر، وبما ذكرناه من تقديم الاب عند افتراق الدار بهما قال شريح ومالك والشافعي وقال أصحاب الرأي ان انتقل الاب فالام أحق به وإن انتقلت الام إلى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق وإن انتقلت إلى غيره فالاب أحق .

وحكي عن أبي حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالاب أحق وإن انتقلت إلى بلد آخر فهي أحق لان في البلد يمكن تعليمه وتخريجه

ولنا انه اختلف مسكن الابوين فكان الاب احق كما لو انتقلت من بلد إلى قرية أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح ، وما ذكروه لايصح لان الاب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه فاذا لم يكن في بلده ضاع فأشبه مالو كان في قرية ، وان انتقلا جميعاً الى بلد واحد فالام باقية على حضانتها وكذلك إن أخذه الاب لافتراق البلدين ثم اجتمعا عادت إلى الام حضانتها ، وغير الام ممن له الحضانة من النساء يقوم مقامها وغير الاب من عصبات الولد يقوم مقامه عند عدمهما أو كونهما من غير أهل الحضانة

عن ابن مقرن المزني قال لقد رأيتني سابع سبعة مالنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي ﷺ باعتاقها وروي عن أبي مسعود قال كنت أضرب غلاما لي وإذا رجل من خلفي يقول اعلم أبا مسعود اعلم أبا مسعود فالتفت فاذا النبي ﷺ يقول « اعلم أبا مسعود لله أقدر عليك منك على هذا الغلام »

(مسئلة) **(والعبد التسري بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له التسري بها إلا باذنه)**

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي وأبي ثور، وكره ذلك ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، وللشافعي فيه قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولا ، وقال القاضي يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو تمليك يمين لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أوماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، وروى الاثرم عن ابن عمر باسناده أنه كان لايرى بأساً أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ، ولان العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر، وقولهم إن العبد لايملك المال ممنوع ، فان النبي ﷺ قال « من باع عبداً وله مال» فجعل المال له ولانه آدمي فيملك المال كالحر وذلك لانه بآدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان لم تكن أم أو تزوجت الام فأم الاب أحق من الخالة)

في هذه المسئلة فصلان (احداهما) أن الام اذا تزوجت سقطت حضانتها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن أنها لاتسقط بالتزويج

ونقل مهنا عن أحمد اذا تزوجت الام وابنها صغير أخذ منها، قيل له فالجارية مثل الصبي؟ قال لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها وازالها عن الغلام . ووجه ذلك ماروي أن علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمي وأنا أخذتها ، وقال زيد بنت أخي لان رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها فقال رسول الله ﷺ «الخالة أم» وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود بنحو هذا المعنى فجعل لها الحضانة وهي مزوجة

والرواية الاولى هي الصحيحة . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل لقول رسول الله ﷺ للمرأة « أنت أحق به مالم تنكحي» ولانها إذا تزوجت اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة فكان الاب أحظ له ولان منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة فانما قضى بها لخالتها لان زوجها من أهل الحضانة ولانه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي وقد ترجح جعفر

تعالى خلق الاموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات ، قال الله تعالى (خلق لكم مافي الارض جميعا) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكاليف والعبادات فيكون أهلا للملك وكذلك ملك في النكاح ، وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لاحياة فيها باعتبار ماله إلى الآدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

ولا يجوز له التسري إلا باذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له وطؤها حتى يأذن له فيه لان ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا باذن سيده فان اذن له فقال تسرها أو اذنت لك في وطئها أو مادل عليه ابيح له ، وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لان الجارية مملوكة له فكذلك ولدها وان تسرى بغير اذن سيده فالولد ملك لسيده

(فصل) وإذا اذن له السيد في أكثر من واحدة فله التسري بما شاء نص عليه أحمد لان من جاز له التسري جاز له بغير حصر كالحر وان اذن له وأطلق فله التسري واحدة وكذلك إذا اذن له في التزويج لم يجز ان يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال أبو ثور إذا اذن له في التزويج فعقد على اثنتين في عقد جاز

ولنا ان الاذن المطلق يتناول أقل مايقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الاصل

بأن امرأته من أهل الحضانة فكان أولى . وعلى هذا متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة كالجدة تكون متزوجة للجد لم تسقط حضانتها لانه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد فأشبه الام إذا كانت متزوجة للاب ؛ ولو تنازع العمان في الحضانة وأحدهما متزوج للام أو الخالة فهو أحق لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة قدم بها لذلك ، وظاهر قول الخرقي ان التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي ويحتمل أن لا تسقط الا بالدخول وهو قول مالك لان به تشتغل عن الحضانة

ووجه الاول قول النبي ﷺ « أنت أحق به مالم تنكحي » وقد وجد النكاح قبل الدخول ولان بالعقد يملك منافعها ويستحق زوجها منعها من حضانته فزال حقها كما لو دخل بها

(الفصل الثاني) ان الام إذا عدمت أو تزوجت أو لم تكن من أهل الحضانة واجتمعت أم أب وخالة فأم الاب أحق وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وحكي ذلك عن مالك وأبي ثور ، وروي عن أحمد ان الاخت والخالة أحق من الاب ،فعلى هذا يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الاب وهو قول الشافعي القديم لانها تدلي بأم وأم الاب تدلي به فقدم من يدلي بالام كتقديم أم الام على ام الاب ولان النبي ﷺ قضى بابنة حمزة لخالتها وقال «الخالة أم»

ولنا أن أم الاب جدة وارثة فقدمت على الخالة كأم الام ، ولان لها ولادة ووراثة فأشبهت أم الام فأما الحديث فيدل على أن للخالة حقاً في الجملة وليس النزاع فيه انما النزاع في الترجيح عند الاجتماع ، وقولهم تدلي بأم قلنا لكن لا ولادة لها فيقدم عليها من له ولادة كتقديم أم الام على الخالة فعلى هذا متى وجدت جدة وارثة فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وان علت درجتها لفضيلة الولادة والوراثة فأما أم أبي الام فلا حضانة لها لانها تدلي بأبي الام ولا حضانة له ولا لمن أدلى به

(فصل) فان اجتمعت أم أم وأم اب فأم الام أحق وان علت درجتها لان لها ولادة وهي تدلي بالام التي تقدم على الاب فوجب تقديمها عليها كتقديم الام على الاب ، وعن احمد ان أم الاب أحق وهو قياس قول الخرقي لانه قدم خالة الاب على خالة الام وخالة الاب أخت أمه وخالة الام أخت أمها فاذا قدم أخت أم الاب دل على تقديمها وذلك لانها تدلي بعصبة مع مساواتها للاخرى في الولادة فوجب تقديمها كتقديم الاخت من الاب على الأخت من الام، وانما قدمت الام على الاب لانها التي تلي الحضانة بنفسها فكذلك أمه فانها أنثى تلي بنفسها فقدمت لما ذكرناه

كما لو اذن له في طلاق امرأته لم يكن له ان يطلق أكثر من طلقة ولان الزائد عن الواحدة يحتمل ان يكون غير مراد فيبقى على اصل التحريم كما لو شك في أصل الاذن

(فصل) نقل محمد بن ماهان عن أحمد لا بأس للعبد ان يتسرى إذا اذن له سيده فان رجع السيد فليس له أن يرجع إذا اذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه ابراهيم بن هاني، ويعقوب بن بختان ولم

(مسألة) قال (والاخت من الاب أحق من الاخت من الام وأحق من الخالة)

وجملته انه إذا عدم من يستحق الحضانة من الآباء والامهات وان علوا انتقلت الى الاخوات وقدمن على سائر القرابات كالخالات والعمات وغيرهن لانهن شاركن في النسب وقدمن في الميراث ولان العمات والخالات انما يدلين بأخوة الآباء والامهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة فالمدلي إلى نفس المكفول وبرثه أقرب وأشفق فكان اولى. وأولى الاخوات من كان لأبوين لقوة قرابتها ثم من كان لأب ثم من كان لأم نص عليه أحمد وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة الاخت من الام أولى من الاخت من الاب وهو قول المزني وابن سريج لانها أدلت بالام فقدمت على المدلية بالاب كأم الام مع أم الاب وقال ابن سريج تقدم الخالة على الاخت من الاب لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان

ولنا ان الاخت من الاب أقوى في الميراث فقدمت كالاخت من الابوين ولا تخفى قوتها فانها أقيمت مقام الاخت من الابوين عند عدمها وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الادلاء لا يلزم لان الاخت تدلي بنفسها لكونهما خلقا من ماء واحد ولهما تعصيب فكانت أولى والله أعلم

(مسألة) قال (وخالة الاب أحق من خالة الام)

وجملته انه إذا عدمت الامهات والآباء والاخوات انتقلت الحضانة إلى الخالات ويقدمن على العمات. نص عليه احمد ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات لانه قدم خالة الاب وهي أخت أمه على خالة الام وهي اخت امها فيدل ذلك على تقديم قرابة الاب على قرابة الام ولانهن يدلين بعصبة فقدمن كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام

وقال القاضي مراد الخرقي بقوله خالة الاب أي الخالة من الاب تقدم على الخالة من الام كتقديم الاخت من الاب على الاخت من الام لان الخالات أخوات الام فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما بينهن مجرى الاخوات المفترقات وكذلك الحكم في العمات المفترقات، فان قلنا بتقديم الخالات فاذا انقرضن فالعمات بعدهن، وان قلنا بتقديم العمات فالخالات بعدهن، فاذا عدمن انتقلت إلى خالات الاب على قول الخرقي وعلى القول الآخر إلى خالات الام، وهل يقدم خالات الاب على عماته؟ على وجهين بناء على ماذكرنا في الخالات والعمات، فأما عمات الام فلا حضانة لهن لانهن يدلين بأبي الام وهو رجل من ذوي الارحام لاحضانة له ولا لمن أدلى به

ار عنه خلاف هذا فظاهره انه إذا تسرى باذن السيد لم يملك السيد الرجوع لانه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياساً على النكاح، وقال القاضي يحتمل أنه أراد بالتسري ههنا التزويج وسماه تسريا

(فصل) وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة وأولاهم الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الأخ من الابوين ثم الأخ من الاب ثم بنوهم وان سفلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ثم بنوهم كذلك ثم عمومة الاب ثم بنوهم، وهذا قول الشافعي، وقال بعض أصحابه لا حضانة لغير الآباء والاجداد لانهم لامعرفة لهم بالحضانة ولا لهم ولاية بأنفسهم فلم يكن لهم حضانة كالاجانب

ولنا أن علياً وجعفراً اختصما في حضانة ابنة حمزة فلم ينكر عليهم النبي ﷺ ادعاء الحضانة ولان لهم ولاية وتعصيباً بالقرابة فتثبت لهم الحضانة كالاب والجد، وفارق الاجانب فانهم ليست لهم قرابة ولا شفقة ولان الاجانب تساووا في عدم القرابة فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر، والعصبات لهم قرابة يتمازون بها وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والاجداد ويقومون مقام الاب في التخيير للصبي بينه وبين الام أو غيرها ممن له الحضانة من النساء ويكونون أحق بالجارية اذا بلغت سبعاً الا ابن العم فان الجارية لاتسلم اليه إذا بلغت سبعاً لانه ليس بمحرم لها

(فصل) فأما الرجال من ذوي الارحام كالخال والاخ من الام وأبي الام وابن الاخت فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم لانه ليس بامرأة يتولى الحضانة ولا له قوة قرابة كالعصبات ولا حضانة الا يدلي بهم كأم أبي الام وابنة الخال وابنة الاخ من الام لانهن يدلين بمن لا حضانة له فاذا لم تثبت للمدلي فللمدلين به أولى، فان لم يكن هناك غيرهم احتمل وجهين (أحدهما) هم أولى لان لهم رحماً وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم (والثاني) لاحق لهم في الحضانة وينتقل الامر إلى الحاكم والاول أولى

(فصل في بيان الأولى فالأولى من أهل الحضانة عند اجتماع الرجال والنساء)

أولى الكل بها الام ثم أمهاتها وان علون يقدم منهن الاقرب فالاقرب لانهن نساء ولادتهن متحققة فهي في معنى الام . وعن أحمد ان ام الاب وأمهاتها مقدمات على أم الام، فعلى هذه الرواية يكون الاب أولى بالتقديم لانهن يدلين به فيكون الاب بعد الام ثم أمهاته والاولى هي المشهورة عند اصحابنا وان المقدم الام ثم أمهاتها ثم الاب ثم أمهاته، ثم الجد ثم أمهاته ثم جد الاب ثم أمهاته وان كن غير وارثات لانهن يدلين بعصبة من أهل الحضانة بخلاف ام أبي الام

وحكي عن احمد رواية أخرى ان الاخت من الام والخالة أحق من الاب فتكون الاخت من الابوين أحق منه ومنهما ومن جميع العصبات، والاولى هي المشهورة في المذهب فاذا انقرض الآباء والامهات انتقلت الحضانة إلى الاخوات، وتقدم الاخت من الابوين ثم الاخت من الاب ثم الاخت

مجازاً ويكون له فيه الرجوع فيما ملك عبده وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لانه ملكه بضعاً أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه

من الام وتقدم الاخت على الاخ لانها امرأة من أهل الحضانة فقدمت على من في درجتها من الرجال كالام تقدم على الاب وأم الاب على أبي الاب وكل جدة في درجة جد تقدم عليه لانها تلي الحضانة بنفسها والرجل لا يليها بنفسه

وفيه وجه آخر انه يقدم عليها لانه عصبة بنفسه والاول أولى وفي تقديم الاخت من الابوين أو من الاب على الجد وجهان. وإذا لم تكن أخت فالاخ للابوين أولى ثم الاخ للاب ثم أبناؤهما ولا حضانة للاخ للام لما ذكرنا فاذا عدموا صارت الحضانة للخالات على الصحيح وترتيبهن فيها كترتيب الاخوات، ولا حضانة للاخوال فاذا عدمن صارت للعمات ويقدمن على الاعمام كتقديم الاخوات على الاخوة ثم العم للابوين ثم العم للاب ولا حضانة للعم من الام، ثم أبناؤهما ثم إلى خالات الاب على قول الخرقي وعلى القول الآخر إلى خالات الام ثم إلى عمات الاب ولا حضانة لعمات الام لانهن يدلين باب الام ولا حضانة له، وإن اجتمع شخصان أو أكثر من أهل الحضانة في درجة قدم المستحق منهم بالقرعة

(فصل) فان تركت الام الحضانة مع استحقاقها لها ففيه وجهان (أحدهما) تنتقل إلى الاب لان أمهاتها فرع عليها في الاستحقاق فاذا أسقطت حقها سقط فروعها (والثاني) تنتقل إلى أمها وهو أصح لان الاب أبعد فلا تنتقل الحضانة اليه مع وجود أقرب منه كما لا تنتقل إلى الاخت وكونهن فروعا لها لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة أو لتزوجها وهكذا الحكم في الاب إذا أسقط حقه هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين وان كانت أخت من أبوين وأخت من أب فأسقطت الاخت من الابوين حقها لم يسقط حق الاخت من الاب لان استحقاقها من غير جهتها وليست فرعا عليها

(مسئلة) قال (واذا أخذ الولد من الام اذا تزوجت ثم طلقت رجعت على حقها من كفالته)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة والمزني قال ان كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها لان الزوجية قائمة فأشبه مالو كانت في صلب النكاح

ولنا أنها مطلقة فعاد حقها من الحضانة كالبائن وقولهم إنها زوجة قلنا إلا أنه قد عزلها عن فراشه ولم يبق لها عليه قسم ولا لها به شغل وعقد سبب زوال نكاحها فأشبهت البائن في عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة مع عدم القسم والشغل بالزوج

(فصل) وكل قرابة تستحق بها الحضانة منع منها مانع كرق أو كفر أو فسوق أو جنون أو صغر إذا زال المانع مثل ان عتق الرقيق وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ

(فصل) وعليه اطعام بهائمه وسقيها والقيام بها ولا انفاق عليها وما تحتاج اليه من علفها وسقيها أو

الصغير عاد حقهم من الحضانة لان سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع فاذا زال المانع عاد الحق بالسبب السابق الملازم كالزوجة إذا طلقت

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا تزوجت المرأة فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها الا أن يضطر اليها ويخشى عليه التلف)

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر اليها لان عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الاوقات فكان له المنع كالخروج من منزله، فان اضطر الولد بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب التمكين من ارضاعه لانها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته

(فصل) فان أرادت ارضاع ولدها منه فكلام الخرقي يحتمل وجهين (أحدهما) أن له منعها من رضاعه لعموم لفظه وهو قول الشافعي لانه يخل باستمتاعه منها فأشبه مالو كان الولد من غيره (والثاني) ليس له منعها فانه قال وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) وهذا خبر يراد به امر وهو عام في كل والدة، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لانه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا في الوجه الاول إنه يخل باستمتاعه قلنا ولكن لايفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعا كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب سيما إذا تعلق به حق الولد في كونه مع أمه وحق الام في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى

(فصل) وإن آجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك الزوج فسخ الاجارة وله منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لان منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه فأشبه مالو اشترى أمة مستأجرة أو داراً مشغولة، فان نام الصبي أو اشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع، وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضاء الولي لان ذلك ينقص اللبن

ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن الولي فيه ولانه يجوز له الوطء مع إذن الولي فجاز مع عدمه لانه ليس للولي الاذن فيما يضر الصبي ويسقط حقوقه

اقامة من يرعاها لما روى ابن عمر ان النبي ﷺ قال « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي اطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الارض » متفق عليه

(فصل) وان أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع باذن زوجها جاز ولزم العقد لان الحق لهما ولايخرج عنهما وان آجرتها بغير اذن الزوج لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها؛ وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر يصح لانه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لانه يفوت به الاستمتاع ويختل.

ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كاجارة المستأجر

(مسئلة) قال (وعلى الاب أن يسترضع لولده الا أن تشاء الام أن ترضعه بأجرة مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين:

[أولهما] أن رضاع الولد على الاب وحده وليس له اجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ولا نعلم في عدم اجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا، فأما إن كانت مع الزوج فكذلك عندنا وبه يقول الثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال ابن أبي ليلى والحسن بن صالح له إجبارها على رضاعها وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى [والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة] والمشهور عن مالك أنها ان كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قوله تعالى [وان تعاسرتم فسترضع له أخرى] واذا اختلفا فقد تعاسرا ولان الاجبار على الرضاع لايخلو اما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما: لايجوز أن يكون لحق الزوج فانه لايملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به، ولايجوز أن يكون لحق الولد فان ذلك لو كان له للزمها بعد الفرقة ولانه مما يلزم الوالد لولده فلزم الاب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة، ولايجوز أن يكون لهما لان مالا مناسبة فيه لايثبت الحكم بانضمام بعضه الى بعض ولانه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر

[الفصل الثاني] ان الام اذا طلبت ارضاعه بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الاب مرضعة متبرعة أو لم يجد، وقال أصحاب الشافعي ان كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من ارضاعه لانه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الاحيان وان استأجرها على رضاعه لم يجز لان المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له وان أرضعت الولد فهل

(مسئلة) (ولايحملها ما لا تطيق)

لانها في معنى العبد وقد منع النبي ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق، ولان فيه تعذيب الحيوان الذي

لها أجر المثل على وجهين وان كانت مطلقة وطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه الى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وان وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لانه لايلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبوحنيفة ان طلبت الاجر لم يلزم الاب بذلها لها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لانه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز الاخلال بأحدهما

ولنا على الاول ما تقدم وعلى جواز الاستئجار أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كاجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم إن المنافع مملوكة له غير صحيح فانه لو ملك منفعة الحضانة لملك اجبارها عليها ولم تجز اجارة نفسها لغيره باذنه ولكانت الاجرة له وانما امتنعت اجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الاوقات ولهذا جازت باذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الاجنبي، وأما الدليل على وجوب تقديم الام إذا طلبت أجر مثلها على المتبرعة فقوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وقوله سبحانه (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ولان الام أحنى وأشفق ولبنها امرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الاجنبية رضاعه بأجر مثلها ولان في رضاع غيرها تفويتاً لحق الام من الحضانة واضراراً بالولد لايجوز تفويت حق الحضانة الواجب والاضرار بالولد لغرض اسقاط حق أوجبه الله تعالى على الاب، وقول أبي حنيفة يفضي الى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الام في ارضاعه لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه فأما ان طلبت الام أكثر من أجر مثلها ووجد الاب من ترضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لانها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في عموم قوله (فسترضع له أخرى) وإن لم يجد مرضعة الا بمثل تلك الاجرة فالام أحق لانهما تساوتا في الاجر فكانت الام أحق كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

(فصل) وان طلبت ذات الزوج الاجنبي ارضاع ولدها بأجرة مثلها باذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لان الام انما منعت من الارضاع لحق الزوج فاذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وان منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إلى ذلك

(فصل) وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولانها تستحق عليه قدر كفايتها فاذا زادت حاجتها زادت كفايتها والله أعلم

له حرمة في نفسه ولايحلب من لبنها ما يضر بولدها لان كفايته واجبة على مالكه ولان أمه مخلوق

باب نفقة المماليك

(مسئلة) قال رحمه الله (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم ويكسوهم بالمعروف)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والاجماع: أما السنة فما روى أبو ذر عن النبي ﷺ انه قال «اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم مايغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم» متفق عليه

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل مالا يطيق» رواه الشافعي في مسنده وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ولأنه لابد له من نفقة ومنافعه لسيده وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لقوله عليه السلام «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف» والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه لقوله «فليطعمه مما يأكل» فجمعنا بين الخبرين وحملنا خبر أبي هريرة على الاجزاء وحديث خبر أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وبين أن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم خدمته لان الكل ماله فان جعل نفقته في كسبه فكانت وفق الكسب صرفه اليها وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيده وإن كان فيه عوز فعلى سيده تمامها. وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لامثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والاولى أن يلبسه من لباسه لقوله عليه السلام «وليلبسه مما يلبس» ويستحب أن يساوي بين عبيده الذكور في الكسوة والاطعام وبين امائه إن كن للخدمة أو الاستمتاع، وإن كان فيهن من هو للخدمة وفيهن من هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من يزيدها للاستمتاع في الكسوة لان ذلك حكم العرف ولان غرضه تجميل من يزيدها للاستمتاع بخلاف الخادمة

(فصل) اذا تولى أحدهم طعامه استحب له أن يجلسه معه فيأكل فان لم يفعل استحب أن يطعمه منه ولو لقمة أو لقمتين لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «اذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه فان أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين» رواه البخاري ومعنى ترويغ اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ويدفعها اليه ولأنه يشتهيه لحضوره فيه وتوليه إياه، وقد قال الله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه) الآية ولان نفس الحاضر تتوق مالا تتوق نفس الغائب

له فاشبه ولد الامة فان امتنع عن الانفاق عليها أجبر على ذلك فان أبى أو عجز اجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مما تذبح، وقال أبو حنيفة لايجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر

(فصل) ولا يكلفه من العمل مالا يطيق وهو مايشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذر ولان ذلك يضر به ويؤذيه وهو ممنوع من الاضرار به

(فصل) ولا يجبر المملوك على المخارجة ومعناه أن يضرب عليه خراجا معلوما يؤديه وما فضل للعبد لان ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة ، وإن طلب العبد ذلك وأباه لم يجبر عليه أيضاً فان اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حجم النبي ﷺ فأعطاه أجره وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجا فروي أن الزبير كان له ألف مملوك على كل واحد منهم كل يوم درهم وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ، ثم ينتظر فان كان ذا كسب يجعل عليه بقدر مايفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فان لهما به نفعاً فان العبد يحرص على الكسب وربما فضل معه شيء يزيده في نفقته ويتسع به ، وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز ، وكذلك ان كان ممن لا كسب له المخارجة لم يجز لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لاتكلفوا الصغير الكسب فانكم متى تكلفوه الكسب سرق ، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فانكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ولانه متى كلف غير ذي الكسب خراجا كلفه مايغلبه وقد قال النبي ﷺ « لاتكلفوهم مايغلبهم » وربما حمله ذلك على ان يأتي به من غير وجهه فلم يكن للسيد أخذه

[فصل] وان مرض المملوك أو زمن أو عمي أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والانفاق عليه لان نفقته تجب بالملك ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع العمى والزمانة فتجب نفقته مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب

« مسألة » قال (وان زوج المملوك اذا احتاج الى ذلك)

وجملة ذلك أنه يجب على السيد اعفاف مملوكه اذا طلب ذلك وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لايجبر عليه لان فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يجبر عليه كطعام الحلواء

ولنا قوله تعالى [وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم] والامر يقتضي الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب . وروي عن عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجها ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا من شيء كان على السيد ولولا وجوب اعفافهما لما لحق السيد الاثم بفعلهما ، ولأنه مكلف محجور عليه دعى إلى تزويجه فلزمته اجابته كالمحجور عليه للسفه ولان

لان البهيمة لايثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى أنه لايصح منها الدعوى ولا ينصب عنها خصم فصارت كالزرع والشجر

النكاح مما تدعو اليه الحاجة غالباً ويتضرر بفواته فأجبر عليه كالنفقة بخلاف الحلواء . اذا ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تمليكه أمة يتسراها وله أن يزوجه عند طلبه لان هذا مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة اليه ولا تعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز تزويجه إلا باختياره فان اجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز فأما الامة فالسيد مخير بين تزويجها اذا طلبت ذلك وبين أن يستمتع بها فيغنيها باستمتاعه عن غيره لان المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين أحدهما .

(فصل) واذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه من الاستمتاع بها ليلا لان اذنه في النكاح اذن في الاستمتاع المعتاد والعادة جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ماقدمنا

﴿ مسألة ﴾ قال (فان امتنع أجبر على بيعه اذا طلب المملوك ذلك)

وجملته أن السيد اذا امتنع مما يجب للعبد عليه من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لان بقاء ملكه عليه مع الاخلال بسد خلاته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجبت إزالته ولذلك أبحنا المرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الانفاق عليها

وقد روي في بعض الحديث عن النبي ﷺ أنه قال « عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني» وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده فطلب العبد بيعه لم يجبر السيد عليه وقد نص عليه احمد . قال ابو داود قيل لابي عبد الله رحمه الله استباعت المملوكة وهو يكسوها مما يلبس ويطعمها مما يأكل ؟ قال لاتباع وإن أكثرت من ذلك الا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني ، وقال عطاء واسحاق في العبد يحسن اليه سيده وهو يستبيع : لايبعه لان الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير ضرر بالعبد كما لا يجبر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الانفاق عليها

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس عليه نفقة مكاتبه الا أن يعجز)

لاخلاف في أن المكاتب لاتلزم سيده نفقته لان الكتابة عقد أوجب ملك المكاتب اكساب نفسه ومنافعه ومنع السيد من التصرف فيها فلا يملك استخدامه ولا اجارته ولا اعارته ولا أخذ كسبه ولا ارش الجناية عليه ولا يلزمه اداء ارش جنايته فسقطت نفقته عنه كما لو باعه أو أعتقه فاذا عجز عاد رقيقاً قناً وعاد اليه ملك نفعه واكسابه فعادت عليه نفقته كما لو اشتراه بعد بيعه

ولنا أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان اجباره عليها كنفقة العبد فان عجز عن الانفاق

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس له أن يسترضع الامة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ريه)

أما اذا أراد استرضاع أمته لغير ولدها مع كونه لا يفضل عنه فليس له ذلك لان فيه اضراراً بولدها لنقصه من كفايته وصرف اللبن المخلوق لولدها الى غيره مع حاجته اليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير من كفايته ومؤنته فان كان فيها فضل عن ري ولدها جاز لانه ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استيفاؤه كالفاضل من كسبها عن مؤنتها وكما لو مات ولدها وبقي لبنها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا رهن المملوك أنفق عليه سيده)

وذلك لقول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ونفقته من غرمه» ولانه ملك الراهن ونماؤه له فكانت عليه نفقته كغير الرهن وقد ذكرت هذه المسئلة في باب الرهن

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أبق العبد فلمن جاء به الى سيده ما أنفق عليه)

انما كان كذلك لان نفقة العبد على سيده وقد قام الذي جاء به مقام سيده في الواجب عليه فرجع به عليه كما لو أذن له ، وقال الشافعي لا يرجع بشيء لانه متبرع بانفاق لم يجب عليه

ولنا أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر ادائه منه فرجع به عليه كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الانفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة ويتخرج أن لا يرجع بشيء بناء على الرواية الاخرى فيمن أنفق على الرهن الذي عنده أو الوديعة أو الجمال اذا هرب الجمال فتركها مع المستأجر

(فصل) وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز وليس له ضربه على غير ذنب ولا ضربه ضربا مبرحا وإن أذنب، ولا لطمه في وجهه وقد روي عن ابن مقرن المزني قال لقد رأيتني سابع سبعة ليس لنا إلا خادم واحد فلطمها أحدنا فأمرنا النبي ﷺ باعتاقها فأعتقناها . وروي عن أبي مسعود قال كنت اضرب غلاما لي فاذا رجل من خلفي يقول «اعلم أبا مسعود اعلم ابا مسعود» فالتفت فاذا النبي ﷺ يقول « اعلم أبا مسعود ان الله أقدر عليك منك على هذا الغلام»

(فصل) ومن ملك بهيمة لزمه القيام بها والانفاق عليها ما تحتاج اليه من علفها أو إقامة من يرعاها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي أطعمتها ولا أرسلتها تأكل من خشاش الارض» متفق عليه. فان امتنع من الانفاق عليها أجبر على ذلك فان أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها ان كانت مما يذبح . وقال أبو حنيفة لا يجبره السلطان بل يأمره به

وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه

كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر لان البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى انه لا تصح منها الخصومة ولا ينصب عليها خصم فصارت كالزرع والشجر

ولنا انها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبيد ويفارق نفقة الشجر والزرع فانها لا تجب فان عجز عن الانفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا طلب البيع عند إعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته وان عطبت البهيمة فلم ينتفع بها فان كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والانفاق عليها وان كانت مما لا يؤكل أجبر على الانفاق عليها كالعبد الزمن على ماذكرناه فيما مضى ولا يجوز ان يحمل البهيمة ما لا تطيق لانها في معنى العبد وقد منع النبي ﷺ تكليف العبد ما لا يطيق. لان فيه تعذيباً للحيوان الذي له حرمة في نفسه وإضراراً به وذلك غير جائز ولا يحلب من لبنها إلا ما يفضل عن كفاية ولدها لان كفايته واجبة على مالكه ولبن أمه مخلوق له فأشبه ولد الامة

كتاب الجراح

يعني كتاب الجنايات وإنما عبر عنها بالجراح لغلبة وقوعها به . والجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان ، وسموا الجنايات على الاموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافا

(فصل) وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا

إذا اعسر بنفقة امرأته فان عطبت البهيمة فلم ينتفع بها فان كانت مما لا يؤكل اجبر على الانفاق عليها كالعبد الزمن وان كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والانفاق عليها على ما ذكرناه

(كتاب الجنايات)

الجنايات كل فعل عدوان على نفس او مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الابدان وسموا الجنايات على الاموال غصبا ونهبا وسرقة وخيانة واتلافا واجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقول الله تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) وقال (وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا إلا خطأ) وقال (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) الآية واما السنة فروى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد ان لا اله إلا الله وأني رسول الله إلا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه والمفارق للجماعة » متفق عليه وروى عثمان وعائشة

لوليه سلطاناً) وقال تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا لخطأ) وقال (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم) الآية .

وأما السنة فروى عبدالله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « لايحل دم امريء مسلم يشهد ان لاإله إلا الله واني رسول الله إلا باحدى ثلاث : الثيب الزاني، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » متفق عليه ، وروى عثمان وعائشة عن النبي ﷺ مثله في آي وأخبار سوى هذه كثيرة ، ولا خلاف بين الامة في تحريمه فان فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر اهل العلم وقال ابن عباس ان توبته لاتقبل للآية التي ذكرناها وهي من آخر مانزل. قال ابن عباس ولم ينسخها شيء ولان لفظ الآية لفظ الخبر والاخبار لايدخلها نسخ ولا تغيير لان خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقا

ولنا قول الله تعالى (إن الله لايغفر أن يشرك به ويغفر مادون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا في المشيئة . وقال تعالى (ان الله يغفر الذنوب جميعاً) وفي الحديث عن النبي ﷺ « ان رجلا قتل مائة رجل ظلماً ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن اخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله اليهم ملكا فقال قيسوا مابين القريتين فالى أيهما كان

عن النبي ﷺ مثله في آي واخبار كثيرة ولاخلاف بين الامة في تحريمه فان فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله ان شاء عذبه وان شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم وقال ابن عباس لا تقبل توبته للاية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل ولم ينسخها شي. ولان لفظ الآية لفظ الخبر والاخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لان خبر الله تعالى لايكون إلا صدقا

ولنا قول الله تعالى (ان الله لايغفر ان يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء) فجعله داخلا في المشيئة وقال تعالى (ان الله يغفر الذنوب جميعاً) وفي الحديث عن النبي ﷺ « ان رجلا قتل مائة رجل ظلما ثم سئل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن خرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائبا فادركه الموت في الطريق فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله عز وجل ملكا فقال قيسوا ما بين القريتين فالى أيهما أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها » أخرجه مسلم ولان التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى والآية محمولة على من قتله مستحلا ولم يتب أو على ان هذا جزاؤه ان جازاه الله وله العفو ان شاء وقوله لايدخلها النسخ قلنا يدخلها التخصيص والتأويل

(مسألة) (والقتل على أربعة اضرب عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ)

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى عمد وشبه عمد وخطأ روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال

أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب الى القرية الصالحة بشبر فجعلوه من أهلها » ولان التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى ، والآية محمولة على من لم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه وله العفو إذا شاء. وقوله لا يدخلها النسخ قلنا لكن يدخلها التخصيص والتأويل

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والقتل على ثلاثة أوجه عمد وشبه العمد وخطأ)

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسما إلى هذه الاقسام الثلاثة روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » رواه أبو داود وفي لفظ «قتيل خطأ العمد » وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام فزاد قسما رابعا وهو ما أجري مجرى الخطأ نحو أن ينقلب نائم على شخص فيقتله أو يقع عليه من علو والقتل بالسبب كحفر البئر ونصل السكين وقتل غير المكلف أجري

الشعبي والنخعي وقتادة وحماد وأهل العراق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فاما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما روى عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « ألا ان في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصى مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها » رواه أبو داود وفي لفظ «قتيل خطأ العمد» وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه شيخنا في هذا الكتاب أربعة أقسام فزاد ما أجري مجرى الخطأ على ما ذكرناه وكذلك قسمه أبو الخطاب وهو ان ينقلب النائم على شخص فيقتله ومن يقتل بالسبب كحفر البئر ونحوه وكذلك قتل غير المكلف وهذه الصور عند الاكثرين من قسم الخطأ اعطوه حكمه

(مسألة) (والعمد ان يقتله بما يغلب على الظن موته به عالما بكونه آدميا معصوما وهو تسعة أقسام)

(أحدها) ان يجرحه بما له مور في البدن من حديد أو غيره مثل ان يجرحه بسكين أو يغرزه بمسلة أو ما في معناه مما يحدد ويجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب والقصب والعظم فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيرا فمات فهو قتل عمد لا اختلاف فيه بين العلماء فيما علمنا فاما ان جرحه جرحا صغيراً كشرطة الحجام أو غرزه بإبرة أو شوكة أو جرحه جرحا صغيراً بكبير في غير مقتل فمات في الحال ففي كونه عمدا وجهان (أحدهما) لا قصاص فيه قاله ابن حامد لان الظاهر أنه لم يمت منه ولانه لا يقتل غالبا أشبه العصى والسوط

الخطأ وان كان عمداً وهذه الصورة التي ذكرها عند الاكثرين من قسم الخطأ فان صاحبها لم يعمد الفعل أو عمده وليس هو من أهل القصد الصحيح فسموه خطأ فاعطوه حكمه وقد صرح الخرقي بذلك فقال في الصبي والمجنون عمدهما خطأ

﴿ مسألة ﴾ قال (فالعمد ما ضربه بحديدة أو خشبة كبيرة فوق عمود الفسطاط أو حجر كبير الغالب أن يقتل مثله أو أعاد الضرب بخشبة صغيرة أو فعل به فعلا الغالب من ذلك الفعل أنه يتلف)

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

[أحدهما] أن يضربه بمحدد وهو مايقطع ويدخل في البدن كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والقصب والخشب فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيراً فمات فهو قتل عمد لاخلاف فيه بين العلماء فيما علمناه، فاما ان جرحه جرحا صغيراً كشرطة الحجام أو غرزة بابرة أو شوكة نظرت، فان كان في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ وأصل الاذن فمات فهو عمد أيضا لان الاصابة بذلك في المقتل كالجرح بالسكين في غير المقتل وإن كان في غير مقتل نظرت فان كان قد بالغ في إدخالها في البدن فهو كالجرح الكبير لأن

(والثاني) فيه القصاص لان المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل مالو قطع شحمة اذنه أو أنملته ولانه لما لم يمكن ادارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محددا ولا يعتبر ظهور الحكمة في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمنا مع ان العمد لايخلو مع اتحاد لآلة والفعل بسرعة الافضاء وابطائه ولان في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فاشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه لم يفرق بين الصغير والكبير وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي من التفصيل نحو ما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (فان بقي من ذلك ضمنا حتى مات أو كان الغرز بها في مقتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض)

اما إذا كان الجرح في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ أو أصل الاذن فمات فهو عمد محض يجب به القصاص وكذلك ان بالغ في إدخال الابرة ونحوها في البدن لانه يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير، وان بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لان الظاهر أنه مات به، قاله أصحابنا وقيل لايجب به القصاص لانه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً كان شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة ان القتل لايحصل به غالبا لما افترق بين موته في الحال وموته متراخيا كسائر مالايجب به قصاص

﴿ مسألة ﴾ (وان قطع سلعة من أجنبي بغير اذنه فمات فعليه القود لانه جرحه بغير اذنه جرحا لايجوز له

هذا يشتد ألمه ويفضي الى القتل كالكبير ، وان كان الغور يسيراً أو جرحه بالكبير جرحاً لطيفا كشرطة الحجام فما دونها فقال أصحابنا ان بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لان الظاهر أنه مات منه وان مات في الحال ففيه وجهان (أحدهما) لاقصاص فيه قاله ابن حامد لان الظاهر أنه لم يمت منه ولانه لايقتل غالبا فاشبه العصا والسوط ، والتعليل الاول أجود لانه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهرا كان ذلك شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالبا لم يفترق الحال بين موته في الحال وموته متراخيا عنه كسائر ما لا يجب به القصاص (والثاني) فيه القصاص لان المحدد لايعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة اذنه، أو قطع أنملته، ولانه لما لم يمكن إدارة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محدداً ولا يعتبر ظهور الحكم في آحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما اذا بقي ضمنا مع أن العمد لايختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة الافضاء وابطائه، ولان في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقي فانه لم يفرق بين الصغير والكبير وهو مذهب أبي حنيفة وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

(النوع الثاني) القتل بغير المحدد مما يغلب على الظن حصول الزهوق به عند استعماله فهذا عمد موجب للقصاص أيضاً ، وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي

فكان عليه القود إذا تعمد كغيره وان قطعها حاكم من صغير أو وليه فمات فلا قود لان له فعل ذلك وقد فعله لمصلحته فاشبه مالو ختنه

(الثاني) ان يضربه بمثقل فوق عمود الفسطاط أو بما يغلب على الظن موته به كاللت والكوذين والسندان أو حجر كبير أو يلقي عليه حائطا أو سقفا أو يلقيه من شاهق أو يكرر الضرب بصغير أو يضربه في مقتل أو في حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أوحر أو برد أو نحوه

وجملة ذلك انه إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حصول الزهوق، عند استعماله فهو عمد موجب القصاص وبه قال النخعي والزهري وابن سيرين وحماد وعمرو بن دينار وابن أبي ليلى ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف وأبو محمد وقال الحسن لاقود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لاقود إلا ان يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان، واحتج بقول النبي ﷺ « الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل » فسماه عمد الخطأ واوجب فيه الدية دون القصاص ولان العمد لايمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولايمكن ضبطه بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) وهذا مقتول ظلما وقوله سبحانه (كتب عليكم القصاص في القتلى) وروى أنس أن يهوديا قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول

ليلى ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وقال الحسن لاقود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب وعطاء وطاوس العمد ما كان بالسلاح وقال أبو حنيفة لاقود في ذلك الا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان، واحتج بقول النبي ﷺ «الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل» فسماه عمد الخطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولان العمد لايمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولايمكن ضبطه بمايقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح

ولنا قول الله تعالى [ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا] وهذا مقتول ظلما، وقال الله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى)

وروى أنس ان يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين متفق عليه وروى أبو هريرة قال قام رسول الله ﷺ فقال « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما يودى واما أن يقاد » متفق عليه ولانه يقتل غالبا فاشبه المحدد، وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لانه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد مايشبههما، وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فاننا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به فاذا شككنا لم نوجبه مع الشك وصغير الجرح قد سبق القول فيه ولانه لايصح ضبطه بالجرح بدليل مالوقتله بالنار أو بمثقل الحديد اذا ثبت هذا فان هذا النوع يتنوع أنواعاً

الله ﷺ بين حجرين متفق عليه، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله ﷺ فقال « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما ان يقاد » متفق عليه ولانه يقتل غالبا أشبه المحدد وأما الحديث فمحمول على المثقل الصغير لانه ذكر العصى والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما شبههما وقولهم لايمكن ضبطه ممنوع فانا نوجب القصاص بما نتيقن حصول الغلبة به واذا شككنا لم نوجبه مع الشك والجرح الصغير قد سبق القول فيه ولانه لايصح ضبطه بالجرح بدليل مالوقتله بالنار، والمراد بعمود الفسطاط الذي ذكره ههنا العمد التي تتخذها العرب لبيوتها وفيها دقة وانما حد الموجب للقصاص بفوق عمود الفسطاط لان النبي ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود الفسطاط فقتلتها وجنينها قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لاتحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد، وان كان أعظم منه كعمد الخيام فهو كبير يقتل غالبا فيجب فيه القصاص، ومن هذا النوع أن يلقي عليه جداراً أو صخرة أو خشبة عظيمة أو يلقيه من شاهق فيهلكه ففيه القود لانه يقتل غالبا، ومن ذلك أن يضربه بمثقل صغير أو حجر صغير أو يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف المضروب لمرض أو صغر أو في حر مفرط أو برد شديد بحيث يقتله بتلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا فقتله ففيه القود لانه قتله بما يقتل غالبا أشبه المثقل

(أحدها) أن يضربه بمثقل كبير يقتل مثله غالبا سواء كان من حديد كالات والسندان والمطارقة أو حجر ثقيل أو خشبة كبيرة ، وحد الخرقي الخشبة الكبيرة بما فوق عمود الفسطاط يعني العمد التي يتخذها الاعراب لبيوتها وفيها دقة ، فأما عمد الخيام فكبيرة تقتل غالبا فلم يردها الخرقي ، وإنما حد الموجب للقصاص بما فوق عمود الفسطاط لان النبي ﷺ لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود فسطاط فقتلتها وجنينها قضى النبي ﷺ في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها ، والعاقلة لا تحمل العمد فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد ، وإن كان أعظم منه فهو عمد لانه يقتل غالبا ، ومن هذا النوع أن يلقي عليه حائطا أو صخرة أو خشبة عظيمة أو ما أشبه مما يهلكه غالبا فيهلكه ففيه القود لانه يقتل غالبا

(النوع الثاني) أن يضربه بمثقل صغير كالعصى والسوط والحجر الصغير او يلكزه بيده في مقتل أو في حال ضعف من المضروب لمرض أو صغر أو في زمن مفرط الحر او البرد بحيث تقتله تلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا ففيه القود لانه قتله بما يقتل مثله غالبا فأشبه الضرب بمثقل كبير ، ومن هذا النوع لو عصر خصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالبا فعليه القود ، وإن لم يكن كذلك في جميع ما ذكرناه فهو عمد الخطأ وفيه الدية إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لانه لم يمت به وكذلك ان مسه بالكبير ولم يضربه به لان الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا بقتل

الكبير وان لم يكن كذلك ففيه الدية لانه عمد الخطأ إلا أن يصغر جداً كالضربة بالقلم والاصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لانه لم يمت به وكذلك ان مسه بالكبير ولم يضربه به لان الدية انما تجب بالقتل وليس هذا قتلا

(النوع الثالث) (ألقاه في زبية أسد أو أنهشه كلبا أو سبعا أو حية أو ألسعه عقربا من القواتل ونحو ذلك فقتله فيجب به القصاص)

اذا جمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق كزبية أو نحوها فقتله فهو عمد فيه القصاص اذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لان السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله فان ألقاه مكتوفا بين يدي الاسد أو النمر في فضاء فقتله فعليه القود وكذلك ان جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود ، وقال القاضي لا ضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لان الاسد والحية يهربان من الآدمي ، ولان هذا سبب غير ملجيء ولنا أن هذا يقتل غالبا فكان عمداً محضا كسائر الصور ، وقولهم إنهما يهربان لا يصح فان الاسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي له ليأكله ؟ والحية انما تهرب في مكان واسع أما اذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ما هو العادة ، وقد ذكر القاضي فيمن ألقي

(النوع الثالث) أن يمنع خروج نفسه وهو ضربان (أحدهما) أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة او شيء بحيث يرتفع عن الارض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال أو بقي زمنا لان هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله من الولاة في اللصوص وأشباههم من المفسدين (والضرب الثاني) أن يخنقه وهو على الارض بيديه أو منديل أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا ان فعل به ذلك مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي ، وان فعله في مدة لايموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد الخطأ إلا أن يكون ذلك يسيراً في العادة بحيث لايتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لانه بمنزلة لمسه ، وان خنقه وتركه مثلا حتى مات ففيه القود لانه مات من سراية جنايته فهو كالميت من سراية الجرح وان تنفس وصح ثم مات فلا قود لان الظاهر انه لم يمت منه فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات

(النوع الرابع) أن يلقيه في مهلكة وذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يلقيه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالبا فيموت فهو عمد (الثاني) أن يلقيه في نار أو ماء يغرقه ، ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء أو النار واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه

مكتوفا في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فانه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر ، والصحيح أنه لاقصاص ههنا ويجب الضمان لانه فعل به فعلا متعمداً تلف به لانه يقتل مثله غالبا وان أنهشه حية او سبعا فقتله فعليه القود اذا كان ذلك مما يقتل غالبا فان كان مما لايقتل غالبا كثعبان الحجاز او سبع صغير ففيه وجهان (احدهما) فيه القود لان الجرح لايعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولان الحية من جنس مايقتل غالبا

(والثاني) هو شبه عمد لانه لايقتل غالبا اشبه الضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير وان ألسعه عقربا من القواتل فقتلته فهو كالو أنهشه حية يوجب القصاص لانه يقتل غالبا ، فان كتفه والقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه عمد وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض

ولنا انه فعل به فعلا لايقتل مثله غالبا فافضى الى إهلاكه اشبه مالو ضربه بعصا فمات وكذلك ان القاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء اليه فان كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه في ذلك الوقت فمات به فهو عمد محض وان كانت الزيادة غير معلومة اما لكونها تحتمل الوجود وعدمه اولا تعهد أصلا فهو شبه عمد

(النوع الرابع) القاه في ماء يغرقه اونار لايمكنه التخلص منها اما لكثرة الماء والنار واما لعجزه

مربوطا أو منعه الخروج أو كونه في حفيرة لايقدر على الصعود منها ونحو هذا أو القاه في بئر ذات نفس فمات به عالما بذلك فهذا كله عمد لانه يقتل غالبا، وان القاه في ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا قود فيه ولا دية لان هذا الفعل لم يقتله، وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، وان تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بادنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لان هذا لايقتل غالبا وهل يضمنه؟ فيه وجهان (أحدهما) لايضمنه لانه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه [والثاني] يضمنه لانه جان بالالقاء المفضي الى الهلاك، وترك التخلص لايسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع امكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء لانه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد، وأما النار فيسيرها يهلك وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله انا قادر على التخلص أو نحو هذا لان النار لها حرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به أو أذهبت عقله بألمها وروعتها، وان القاه في لجة لا يمكنه التخلص منها فالتقمه حوت ففيه وجهان [أحدهما] عليه القود لانه ألقاه في مهلكة فهلك فأشبه مالو غرق فيها (والثاني) لاقود عليه لانه لم يهلك بها أشبه مالو قتله آدمي آخر، وان القاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لان الذي فعله لايقتل غالبا وعليه ضمانه لانه هلك بفعله

عن التخلص لمرض او ضعف أو صغر أو كونه في حفرة لايقدر على الصعود منها ونحو هذا او القاه في بئر ذات نفس فمات عالما بذلك فهذا كله عمد لانه يقتل غالبا، وان القاه في ماء يسير فقدر على الخروج منه فلبث فيه اختياراً حتى مات فلا شيء فيه لان هذا الفعل لم يقتله وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره، فان تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بادنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لان هذا لايقتل غالباً وهل يضمنه؟ فيه وجهان

(احدهما) لايضمنه لانه مهلك لنفسه باقامته فلم يضمنه كما لو القاه في ماء يسير لكن يضمن ماأصابت النار منه

(والثاني) يضمنه لانه جان بالالقاء المفضي الى الهلاك وترك التخلص لايسقط الضمان كما لو فصده فترك شد فصاده مع امكانه او جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء اليسير لانه لايهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة واما النار فيسيرها مهلك وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله أنا قادر على التخلص او نحو هذا لان النار لها حرارة شديدة فربما ازعجته حرارتها عن معرفة مايتخلص به أو اذهبت عقله بألمها وروعتها

(الخامس) (خنقه بحبل او غيره او سد فمه وانفه او عصر خصيتيه حتى مات)

اذا منع خروج نفسه بأن يخنقه بحبل او غيره وهو نوعان (احدهما) ان يخنقه بان يجعل في عنقه

(الضرب الثالث) أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق كزبية ونحوها فيقتله فهذا عمد فيه القصاص اذا فعل السبع به فعلا يقتل مثله ، وان فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمداً لم يجب القصاص به لان السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله ،وان القاه مكتوفا بين يدي الاسد أو النمر في فضاء فأكله فعليه القود وكذلك ان جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتلته فعليه القود ، وقال القاضي لاضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لان الاسد والحية يهربان من الآدمي ولان هذا سبب غير ماجيء

ولنا أن هذا يقتل غالباً فكان عمداً محضاً كسائر الصور ، وقولهم انهما يهربان غير صحيح فان الاسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقي اليه ليأكله ؟ والحية انما تهرب في مكان واسع أما إذا ضاق المكان فالغالب انها تدفع عن نفسها بالنهش على ماهو العادة

وقد ذكر القاضي فيمن ألقي مكتوفا في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته ان في وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فانه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر، والصحيح انه لاقصاص ههنا ويجب الضمان لانه فعل به فعلا متعمداً تلف به لا يقتل مثله غالباً،وان انهشه حية أو سبعاً فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالباً فان كان مما لايقتل غالباً كثعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان [أحدهما] فيه القود لان

خراطة ثم يعلقه في خشبة او شيء بحيث يرتفع عن الارض فيختنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال او بقي زمنا لان هذا اوحى انواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله في اللصوص واشباههم من المفسدين

(الثاني) ان يخنقه وهو على الارض بيديه او حبل اويغمه بوسادة او شيء يضعه على فيه وانفه او يضع يديه عليهما فيموت فهذا ان فعل به ذلك في مدة يموت في مثلهاغالبا فمات فهو عمد فيه القصاص وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي والشافعي ، وان كان في مدة لايموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ ويلتحق بذلك مالو عصرخصيته عصراً شديداً فقتله بعصر يقتل مثله غالبا ، وان لم يكن كذلك فهو شبه عمد الا ان يكون ذلك يسيراً في الغاية بحيث لايتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لانه بمنزلة لمسه ، ومتى خنقه وتركه متألما حتى مات ففيه القود لانه مات من سراية جنايته فهو كسراية الجرح وان تنفس وصح ثم مات فلا قود لان الظاهر أنه لم يمت منه فأشبه مالو اندمل الجرح ثم مات

(السادس) حبسه ومنعه الطعام او الشراب حتى مات جوعا وعطشا في مدة يموت في مثلها غالبا فعليه القود لان هذا يقتل غالبا، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والاحوال فاذا عطشه في شدة الحر مات في الزمن القليل وان كان ريان والزمن بارد او معتدل لم يمت الا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه ، فان كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود وان كان في مدة لايموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ

الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولان الحية من جنس ما يقتل غالباً (والثاني) هو شبيه العمد لانه لا يقتل غالباً أشبه الضرب بالعصا والحجر. وان كتفه وألقاه في ارض غير مسبعة فأكله سبع أو نهشته حية فمات فهو شبه العمد، وقال أصحاب الشافعي هو خطأ محض

ولنا أنه فعل به فعلا لا يقتل مثله غالباً عمداً فأفضى إلى هلاكه أشبه مالو ضربه بعصا فمات، وكذلك ان ألقاه مشدوداً في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء اليه. فأما ان كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء اليه في ذلك الوقت فمات بها فهو عمد محض وان كانت غير معلومة إما لكونها تحتمل الوجود وعدمه أو لا تعهد أصلا فهو شبه عمد

(الضرب الرابع) أن يحبسه في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت فعليه القود لان هذا يقتل غالباً وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والاحوال فاذا كان عطشان في شدة الحر مات في الزمن القليل وان كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه وان كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود، وان كان لا يموت في مثلها غالباً ففيه القود وان كان لا يموت في مثلها غالباً فهو عمد الخطأ وان شككنا فيها لم يجب القود لاننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

(النوع الخامس) أن يسقيه سما او يطعمه شيئا قاتلا فيموت به فهو عمد موجب للقود إذا كان مثله يقتل غالباً، وان خلطه بطعام وقدمه اليه فأكله أو أهداه اليه او خلطه بطعام رجل ولم

وان شككنا فيها لم يجب القود لاننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

(السابع) سقاه سما لا يعلم به أو خلطه بطعام فأطعمه أو خلطه بطعامه فأكله وهو لا يعلمه فمات فعليه القود إذا كان مثله يقتل غالباً وقال الشافعي في أحد قوليه لاقود عليه لانه أكله مختاراً فأشبه مالو قدم اليه سكينا فطعن بها نفسه، ولان أنس بن مالك روى ان يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها النبي ﷺ وبشر بن البراء فلم يقتلها النبي ﷺ قال وهل تجب الدية؟ فيه قولان، قلنا حديث اليهودية حجة لنا فان أبا سلمة قال فيه فمات بشر فأمر بها النبي ﷺ فقتلت أخرجه أبو داود ولان هذا يقتل غالبا ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً فاوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه، فاما حديث انس فلم يذكر فيه ان أحداً مات منه ولا يجب القصاص إلا ان يقتل به ويجوز ان يكون النبي ﷺ لم يقتلها قبل ان يموت بشر فلما مات أرسل اليها النبي ﷺ فاعترفت فقتلها فنقل أنس صدر القصة دون آخرها، ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ويجوز ان يترك قتلها لكونها ماقصدت قتل بشر انما قصدت قتل النبي ﷺ فاختل العمد بالنسبة إلى بشر، وفارق تقديم السكين فانها لا تقدم إلى الانسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بضررها ونفعها فاشبه ما لو قدم

ذلك فأكله فعليه القود لانه يقتل غالباً . وقال الشافعي في أحد قوليه لاقود عليه لانه أكله مختاراً فأشبه مالو قدم اليه سكيناً فطعن بها نفسه . ولان انس بن مالك روى أن يهودية أتت رسول الله ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها النبي ﷺ ولم يقتلها النبي ﷺ . قال وهل يجب القود ؟ فيه قولان

ولنا خبر اليهودية فان أبا سلمة قال فيه : فمات بشر بن البراء فأمر بها النبي ﷺ فقتلت . أخرجه أبو داود ولان هذا يقتل غالباً ويتخذ طريقاً إلى القتل كثيراً فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه ، فأما حديث أنس فلم يذكر فيه ان أحداً مات منه . ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ويجوز أن يكون النبي ﷺ لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء فلما مات ارسل اليها النبي ﷺ فسألها فاعترفت فقتلها ، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ويتعين حمله عليه جمعاً بين الخبرين ، ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت بشر بن البراء انما قصدت قتل النبي ﷺ فاختل العمد بالنسبة إلى بشر ، وفارق تقديم السكين لانها لاتقدم الى إنسان ليقتل بها نفسه انما تقدم اليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبه مالو قدم اليه السم وهو عالم به . فأما ان خلط السم بطعام نفسه وتركه في منزله فدخل انسان فأكله فليس عليه ضمان بقصاص ولا دية لانه لم يقتله وانما الداخل قتل نفسه فأشبه مالو حفر في داره بئراً فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الآكل مثل أن يعلم ظالما يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئراً في داره ليقع فيها اللص

اليه السم وهو عالم به فأما ان أكله وهو عالم به وهو بالغ عقل فلا ضمان عليه كما لو قدم اليه سكينا فوجأ بها نفسه

(مسألة) (فان خلط السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله فأكله فلا ضمان عليه)

لانه لم يقتله وانما الداخل قتل نفسه فاشبه ما لو حفر في داره بئرا فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الداخل مثل ان يعلم ان ظالما يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئرا في داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ولو دخل رجل باذنه فأكل الطعام المسموم بغير اذنه لم يضمنه لذلك

(مسألة) (وان ادعى القاتل بالسم إنني لم أعلم أنه سم قاتل لم يقبل قوله في أحد الوجهين)

لان السم من جنس ما يقتل غالبا فاشبه مالو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت منه (والثاني) لاقود عليه لانه لايجوز ان يخفى عليه أنه قاتل وهذا شبهة ليسقط بالقود فيكون شبه عمد

(فصل) فان سقى إنسانا سما أو خلطه بطعامه فأكل وهو لا يعلم به وهو مما لا يقتل مثله غالبا فهو شبه عمد فان اختلف فيه هل يقتل غالبا أولا وثم بينة تشهد عمل بها وان قالت تقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير ذلك عمل على حسب ذلك فان لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي لان

إذا دخل ليسرق منها .. ولو دخل رجل باذنه فأكل الطعام المسموم بغير اذنه لم يضمنه لذلك . وإن خلطه بطعام رجل أو قدم اليه طعاما مسموما وأخبره بسمه فأكله لم يضمنه لانه أكله عالما بحاله فأشبه مالو قدم اليه سكينا فوجأ بها نفسه . وإن سقى انسانا سماً أو خلطه بطعامه فأكله ولم يعلم به وكان مما لا يقتل مثله غالباً فهو شبه عمد . فان اختلف فيه هل يقتل مثله غالباً أو لا؟ وثم بينة تشهد عمل بها وان قالت البينة هو يقتل النضو الضعيف دون القري أو غير هذا عمل على حسب ذلك . وان لم يكن مع أحدهما بينة فالقول قول الساقي لان الاصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولانه أعلم بصفة ماسقى . وإن ثبت انه قاتل فقال لم أعلم انه قاتل ففيه وجهان (أحدهما) عليه القود لان السم من جنس مايقتل به غالباً فأشبه مالو جرحه وقال لم اعلم انه يموت منه (والثاني) لاقود عليه لانه يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذه شبهة يسقط بها القود

﴿النوع السادس﴾ أن يقتله بسحر يقتل غالباً فيلزمه القود لانه قتله بما يقتل غالباً فأشبه ما لو قتله بسكين ، وان كان مما لا يقتل غالباً أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص لانه عمد الخطأ فأشبه ضرب العصا

﴿النوع السابع﴾ أن يتسبب إلى قتله بما يقتل غالباً وذلك أربعة أضرب (أحدها) أن يكره رجلا على قتل آخر فيقتله فيجب القصاص على المكره والمكره جميعاً وبهذا قال مالك .وقال ابو حنيفة ومحمد يجب القصاص على المكره دون المباشر لقوله عليه الصلاة والسلام «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما

الاصل عدم وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولانه أعلم بصفة ما يسقي فان ثبت انه قاتل فقال لم أعلم به ففيه الوجهان المذكوران

(الثامن) ان يقتله بسحر يقتل غالبا فيلزمه القود لانه قتله بما يقتل غالبا فاشبه قتله بالسكين وان كان مما لايقتل غالبا أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية دون القصاص لانه عمد الخطأ فاشبه ضرب العصا

(التاسع) ان يشهدا على رجل بقتل عمد أو زنا أو ردة فيقتل بذلك ثم يرجعا ويقولا عمدنا قتله أو يقول الحاكم علمت كذبهما وعمدت قتله أو يقول ذلك الولي فهذا كله عمد محض موجب للقصاص إذا كملت شروطه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاقصاص عليهما لانه بسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ما روى القاسم بن عبد الرحمن ان رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وغرمهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القصاص كالمكره وكذلك الحاكم إذا حكم على على رجل بالقتل عالما بذلك متعمدا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو ان الولي الذي باشر قتله اقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص لانه

استكرهوا عليه ولان المكره آلة للمكره بدليل وجوب القصاص على المكره ونقل فعله اليه فلم يجب على المكره كما لو رمى به عليه فقتله ، وقال زفر يجب على المباشر دون المكره لان المباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع والآمر مع القاتل ، وقال الشافعي يجب على المكره وفي المكره قولان ، وقال أبو يوسف لايجب على واحد منهما لان المكره لم يباشر القتل فهو كحافر البئر والمكره ملجأ فأشبه المرمي به على انسان

ولنا على وجوبه على المكره أنه تسبب الى قتله بما يفضي اليه غالباً فأشبه ما لو ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية

ولنا على وجوبه على المكره أنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه مالو قتله في المخمصة ليأكله وقولهم ان المكره ملجأ غير صحيح فانه متمكن من الامتناع ولذلك أثم بقتله وحرم عليه وانما قتله عند الاكراه ظناً منه أن في قتله نجاة نفسه وخلاصه من شر المكره فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله ، وإن صار الامر إلى الدية وجبت عليهما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومحمد لادية على المكره بناء منهما على أنه آلة وقد بينا فساده وانما هما شريكان يجب القصاص عليهما جميعاً فوجبت الدية عليهما كالشريكين بالفعل وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الاحرام والمباشر والردء كالمباشر في المحاربة فعلى هذا إن أحب الولي قتل أحدهما وأخذ نصف الدية من الآخر أو العفو عنه فله ذلك

فيه خلافاً فان اقر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص لانه باشر القتل عمداً وعدواناً وينبغي ان لايجب على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما اذا لم يقر لانه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظاهرا فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لان الجميع متسببون وان صار الامر الى الدية فهي عليهم اثلاثاً ويحتمل ان يتعلق الحكم بالحاكم وحده لان سببه أخص من سببهم فان حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فاشبه المباشر مع المتسبب فان كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر القتل وإنما وكل فيه فأقر الوكيل بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده لانه المباشر للقتل عمدا ظلما من غير اكراه فتعلق الحكم به كما لو قتل في غير هذه الصورة وان لم يعترف بذلك فالحكم يتعلق بالولي كما لو باشره

(فصل) قال رضي الله عنه وشبه العمد ان يقصد الجناية بما لايقتل غالبا فيقتل اما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء يسير أو يقتله بسحر لايقتل غالبا وسائر مالايقتل غالبا أو يصيح بصبي أو معتوه وهما على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط فهو شبه عمد اذا قتل لانه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل واخطأ في القتل فهذا لاقود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم وجعله مالك عمدا في بعض ماحكي عنه موجبا للقصاص

(الضرب الثاني) اذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص وبهذا قال الشافعي وقال ابوحنيفة لاقصاص عليهما لانه تسبب غير ملجىء فلا يوجب القصاص كحفر البئر

ولنا ماروى القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وغرمهما دية يده ولانهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالباً فوجب عليهما القصاص كالمكره

(الضرب الثالث) الحاكم اذا حكم على رجل بالقتل عالماً بذلك متعمداً فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالكلام في الشاهدين ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله فعليه القصاص لا أعلم فيه خلافا فان أمر الشاهدان والحاكم والولي جميعاً بذلك فعلى الولي القصاص لانه باشر القتل عمداً وعدواناً وينبغي أن لايجب على غيره شيء لانهم متسببون والمباشرة تبطل حكم السبب كالدافع مع الحافر ويفارق هذا ما اذا لم يقر لانه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه ظلماً فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لان الجميع متسببون وإن صار الامر إلى الدية فهي عليهم أثلاثاً ويحتمل أن يتعلق الحكم بالحاكم وحده لان تسببه أخص من تسببهم فان حكمه واسطة بين شهادتهم وقتله فأشبه المباشر مع المتسبب، ولو كان الولي المقر

لانه ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولانه قتله بفعل عمده فكان عمدا كما لو غرزه بابرة وحكي عنه مثل قول الجماعة وقال أبو بكر عبد العزيز تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر جنايات العمد

ولنا ماروى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى النبي ﷺ «ان دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه فاوجب ديتها على العاقلة، والعاقلة لاتحمل العمد وأيضاً قول النبي ﷺ «الا ان في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والحجر والعصى مائة من الابل» وفي لفظ ان النبي ﷺ قال «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» رواه أبو داود وهذا نص وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الاولان ثبتا بالكتاب ولانه قتل لايوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ

(فصل) والخطأ على ضربين (احدهما) ان يرمي الصيد ويفعل ماله فعله فيئول الى اتلاف انسان معصوم فعليه الكفارة والدية على العاقلة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان القتل الخطأ ان يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي والاصل في وجوب الدية والكفارة قول الله سبحانه وتعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة

بالتعمد لم يباشر القتل وانما وكل فيه نظرت في الوكيل فان أقر بالعلم وتعمد القتل ظلماً فهو القاتل وحده لانه مباشر للقتل عمداً ظلماً من غير إكراه فتعلق الحكم به كما لو أمر بالقتل في غير هذه الصورة وان لم يعترف بذلك فالحكم متعلق بالولي كما لو باشره والله أعلم

« مسئله » (قال ففيه القود اذا اجتمع عليه الاولياء وكان المقتول حراً مسلما)

أجمع العلماء على أن القود لايجب الا بالعمد ولا نعلم بينهم في وجوبه بالقتل العمد اذا اجتمعت شروطه خلافا وقد دلت عليه الآيات والاخبار بعمومها فقال الله تعالى [ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) وقال تعالى [كتب عليكم القصاص في القتلى] وقال تعالى [ولكم في القصاص حياة] يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع من يريد القتل منه شفقة على نفسه من القتل فتبقى الحياة فيمن أريد قتله وقيل ان القاتل تنعقد العداوة بينه و بين قبيلة المقتول فيريد قتلهم خوفا منهم ويريدون قتله وقتل قبيلته استيفاء ففي الاقتصاص منه بحكم الشرع قطع لسبب الهلاك بين القبيلتين وقال الله تعالى [وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس] الآية . وقال النبي ﷺ « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدى » متفق عليه

مؤمنة ودية مسلمة الى أهله إلا أن يصدقوا) وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا له عهد لقول الله تعالى (فان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ولا قصاص في شيء من هذا لان الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصا وقال النبي ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى

(الضرب الثاني) ان يقتل في دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما أو يرمي الى صف الكفار فيصيب مسلما او يتترس من الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين ان لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم فهذا تجب به الكفارة روي ذلك عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعي وأبو حنيفة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان

(إحداهما) تجب وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) وقال عليه السلام « ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصى مائة من الابل» .ولانه قتل مسلما خطأً فوجبت ديته كما لو كان في دار الاسلام (والثانية) لاتجب الدية لقول الله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذي رووه وهذا ظاهر المذهب .

وروى أبو شريح الخزاعي قال : قال رسول الله ﷺ « من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فان أراد الرابعة فخذوا على يديه أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية » رواه ابو داود وفي لفظ « فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين أن يأخذوا الدية أو يقتلوا » وقال عليه السلام « العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول » وفي لفظ « من قتل عامدا فهو قود » رواه ابو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه « من قتل عامداً فهو قود ومن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لايقبل منه صرف ولا عدل » وقول الخرقي اذا اجتمع عليه الاولياء يعني اذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو عفى واحد منهم سقط كله، وإن كان بعضهم غائباً أو غير مكلف لم يكن لشركائه القصاص حتى يقدم الغائب ويختار القصاص أو يوكل ويبلغ الصبي ويفيق المجنون ويختاراه، وقولهم اذا كان المقتول حراً مسلماً يعني مكافئاً للقاتل فاذا كان القاتل حراً مسلما اشترط كون المقتول حراً مسلما لتحقق المكافئة بينهما فان الكافر لا يكافىء المسلم والعبد لا يكافىء الحر

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله وإن كان مجدع الاطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوي الخلق أو كان بالعكس وكذلك إن تفاوتا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر والسلطان والسوقة ونحو هذا من الصفات لم يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلوناها ، وقول النبي ﷺ « المؤمنون

﴿ مسئلة ﴾ (والذي أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله أو يقتل بالسبب مثل أن يحفر بئراً أو ينصب سكيناً أو حجراً فيئول إلى اتلاف إنسان وعمد الصبي والمجنون) فهذا كله لاقصاص فيه والدية على العاقلة وعليه الكفارة في ماله لانه خطأ فيكون هذا حكمه لما ذكرناه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ويقتل الجماعة بالواحد إذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد أوجب القصاص عليه ، روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد رواية أخرى لايقتلون وتجب الدية عليهم والمذهب الاول يروي ذلك عن ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس وروي ذلك عن معاذ وابن الزبير والزهري أنه يقتل منهم واحد ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية لان كل واحد منهم مكافىء له فلا يستوفى أبداً إلا ببدل واحد كما لاتجب ديات لمقتول واحد ولان الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ومقتضاه أنه لايؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولان التفاوت في الاوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد فالتفاوت في العدد أولى قال ابن المنذر لاحجة مع من أوجب قتل الجماعة بواحد

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من

تكافأ دماؤهم » ولان اعتبار التساوي في الصفات والفضائل يفضي الى اسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض

(فصل) ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الاسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلماً عامداً عالماً باسلامه فعليه القود سواء كان قد هاجر او لم يهاجر ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الاسلام فان لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمدا قتله أو خطأ وان كان قد هاجر ثم عاد الى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن احمد رواية كقوله ولو قتل رجلا أسيراً مسلما في دار الحرب لم يضمنه الا بالدية عمدا قتله او خطأ

ولنا ما ذكرنا من الآيات والاخبار ولانه قتل من يكافئه عمداً ظلما فوجب عليه القود كالو قتله في دار الاسلام ولان كل دار يجب فيها القصاص اذا كان فيها إمام يجب وان لم يكن فيها إمام كدار الاسلام .

(فصل) وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر وقال مالك الامر عندنا أن يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك الى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الانسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بقول عمر في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لاقدتهم به وبقياسه على المحارب

أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعا لانها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ويفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولان القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى التسارع إلى القتل به فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر .

﴿ مسئلة ﴾ (وان جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء في القصاص والدية)

وجملة ذلك أنه لا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة أو أوضحه أحدهما وشجه الآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لان اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين اذ لا يكاد جرحان يتساويان من كل وجه ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم ، لان الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في اسقاط الحكم لان الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولان الجراح

ولنا عموم قوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا وقول النبي ﷺ « فاهله بين خيرتين » ولانه قتيل في غير المحاربة فكان أمره الى وليه كسائر القتلى وقول عمر لاتدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم.

(فصل) واذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو انه قتله دفعا عن نفسه أو انه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قوله الا ببينة ولزمه القصاص ، روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه انه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال ان لم يأت باربعة شهداء فليعط برمته ولان الاصل عدم مايدعيه فلايثبت بمجرد الدعوى وإن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولادية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغدى إذ جاءه رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا ياأمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر مايقولون ؟ فقال يا أمير المؤمنين اني ضربت فخذي امرأتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر مايقول؟ قالوا ياامير المؤمنين انه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فاخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال إن عادوا فعد رواه سعيد في سننه ، وروي عن الزبير أنه كان يوما

إذا صارت نفساً سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو قطع اطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات

(فصل) إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه ثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وان يعفوا عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث وان برأت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برأ جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفوا عن الذي برأ جرحه ويأخذ منه دية جرحه وان ادعى الموضح أن جرحه برأ قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فان صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة اليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكيه ، لان الاصل عدم البرء فيها لكن ان اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في انكار ذلك لان له أن يقتلهما سواء برأت أو لم تبرأ وان اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها وان كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكيه بأكثر من ثلثيها وان شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بوجوبها وللولي أخذها منهما ان صدقهما وان لم يصدقهما وعفى إلى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لانه يدعي

قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا أعطنا شيئا فألقى اليهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ، ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصاً أو في حد يوجب قتله وان ثبت ذلك ببينة فكذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (وشبه العمد ما ضرب به بخشبة صغيرة أو حجر صغير أو لكزه أو فعل به فعلا الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله فلا قود في هذا والدية على العاقلة)

شبه العمد أحد أقسام القتل وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبا إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير والوكز واليد وسائر مالا يقتل غالبا اذا قتل فهو شبه عمد لانه قصد الضرب دون القتل ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد لاجتماع العمد والخطأ فيه فانه عمد الفعل وأخطأ في القتل فهذا لاقود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم، وجعله مالك عمداً موجباً للقصاص ولانه ليس في كتاب الله الا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولانه قتله بفعل عمده فكان عمداً كما لو غرزه بابرة فقتله وقال أبو بكر من أصحابنا تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لانه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر الجنايات .

أكثر من ذلك وتقبل شهادتهما ان كانا قد تابا وعدلا لانهما لا يجران إلى أنفسهما بذلك نفعاً فيسقط القصاص ولا يلزمه أكثر من أرش موضحة

﴿ مسألة ﴾ (وان قطع أحدهما يده من الكوع والآخر من المرفق فهما قاتلان)

أما إذا برأت جراحة الاول قبل قطع الثاني فالقاتل الثاني وحده وعليه القود أو الدية كاملة ان عفا عن قتله فله قطع يد الاول أو نصف الدية ، وان لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس أو الدية ان عفا عنهما وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الاول في النفس لان قطع الثاني قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه ، وقال مالك ان قطعه الثاني عقيب قطع الاول قتلا جميعاً وان عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالقاتل هو الثاني وحده وان عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللاولياء أن يقسموا على أيهما شاءوا ويقتلوه

ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كانا في يدين ولان القطع الثاني لا يمنع حياته بعده فلا يسقط حكم ما قبله كما لو كانا في يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته فان الألم الحاصل بالقطع الاول لم يزل وإنما انضم اليه الالم الثاني فضعفت النفس عن احتمالها فزهقت بهما فكان القتل بهما، ويخالف الاندمال فانه لا يبقى

ولنا ماروى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الاخرى بحجر فقتلتها ومافي بطنها فقضى النبي ﷺ أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ،فاوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل عمداً ،وأيضاً قول النبي ﷺ «الا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الابل» وفي لفظ أن النبي ﷺ قال. «عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه» رواه أبو داود وهذا نص ، وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الاولان ثبتا بالكتاب ولانه قتل لايوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ

﴿ مسئلة ﴾ (قال والخطأ على ضربين احدهما ان يرمي الصيد او يفعل ما يجوز له فتله فيؤول الى اتلاف حر مسلما كان او كافراً فتكون الدية على عاقلته وعليه عتق رقبة مؤمنة)

وجملته أن الخطأ أن يفعل فعلا لا يريد به اصابة المقتول فيصيبه ويقتله مثل أن يرمي صيداً أو هدفا فيصيب انسانا فيقتله قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز وقتادة والنخعي والزهري وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي فهذا الضرب من الخطأ

معه الالم الذي حصل في الاعضاء الشريفة فافترقا، وان ادعى الاول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه القصاص في اليد أو نصف الدية وان كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لان قتله واجب ، وان عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية وان كذب الولي الاول حلف وكان له قتله ،لان الاصل عدم ما ادعاه وان ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الاول اذا ادعى ذلك

(مسئلة) (وان فعل أحدهما فعلا لاتبقى معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ويعزر الثاني، وان شق الاول بطنه أو قطع يده ثم ضرب الثاني عنقه فالثاني هو القاتل وعلى الاول ضمان ما أتلف بالقصاص والدية)

وجملة ذلك أنه إذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فان كانت الاولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته وابانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالاول هو القاتل لانه لا يبقى مع جنايته حياة والقود عليه خاصة ويعزر الثاني كالو جنى على ميت وان عفا الولي الى الدية فهي على الاول وحده، وان كان جرح الاول تبقى الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لانه لم يخرج بجرح الاول عن حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة ان عفا عنه ثم ينظر في جرح الاول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه

تجب به الدية على العاقلة والكفارة في مال القاتل بغير خلاف نعلمه، والاصل في وجوب الدية والكفارة قول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وسواء كان المقتول مسلماً أو كافراً له عهد لقول الله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ولا قصاص في شيء من هذا لان الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصاً وقال النبي ﷺ « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى

(فصل) وان قصد فعلا محرما فقتل آدمياً مثل أن يقصد قتل بهيمة أو آدميا معصوما فيصيب غيره فيقتله فهو خطأ أيضاً لانه لم يقصد قتله وهذا مذهب الشافعي، وكذلك قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئاً فيصيب غيره، ويتخرج على قول أبي بكر أن هذا عمد لقوله فيمن رمى نصرانيا فلم يقع به السهم حتى أسلم أنه عمد يجب به القصاص لكونه قصد فعلا محرما قتل به انسانا

والعفو على ديته أو العفو مطلقا ، وان كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الارش وأما جعلنا عليه القصاص لان الثاني بفعله قطع سراية الاول فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا، ولو كان جرح الاول يفضي الى الموت لا محالة الا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لانه فوت حياة مستقرة وقتل من هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبنا فخرج يصلد فعلم الطبيب أنه ميت فقال اعهد الى الناس فعهد اليهم وأوصى وجعل الخلافة الى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه لما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء علته

﴿مسئلة﴾ (فان رماه من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقده فالقصاص على الثاني)

لانه فوت حياته قبل المصير إلى حياة ييئس فيها من حياته فأشبه ما لو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه وبهذا قال الشافعي ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان (أحدهما) كقولنا (والثاني) الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لان كل واحد منهما سبب للاتلاف

ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التي ذكرناها وما ذكروه باطل بالاصول المذكورة

﴿مسئلة﴾ (وان ألقاه في لجة فالتقمه الحوت فالقود على الرامي في أحد الوجهين)

اذا كانت اللجة لا يمكنه التخلص منها فالقود على الرامي لانه ألقاه في مهلكة هلك بها من غير

﴿ مسألة قال (والضرب الثاني أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ويكون قد أسلم وكتم اسلامه الى أن يقدر على التخلص الى أرض الاسلام فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة بلا دية لقول الله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)

هذا الضرب الثاني من الخطأ وهو أن يقتل في أرض الحرب من يظنه كافراً ويكون مسلما ولا خلاف في أن هذا خطأ لايوجب قصاصاً لانه لم يقصد قتل مسلم فأشبه مالو ظنه صيداً فبان آدميا إلا أن هذا لاتجب به دية أيضاً ولا يجب إلا الكفارة ، وروي هذا عن ابن عباس وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة وقتادة والاوزاعي والثوري وابو ثور وابو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى تجب به الدية والكفارة وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وقال عليه السلام «ألا إن في قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا مائة من الابل » ولانه قتل مسلما خطأ فوجبت ديته كما لو كان في دار الاسلام ولنا قول الله تعالى (وإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية وتركه

واسطة يمكن احالة الحكم عليها أشبه ما لو مات بالغرق أو هلك بوقوعه على صخرة (والثاني) لا قود عليه لانه لم يهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر ، فأما ان ألقاه في ماء يسير فأكله سبع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لان الذي فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لانه هلك بفعله

﴿مسألة﴾ (وان أكره انسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما)

وقال أبو حنيفة يجب القصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور صار بالاكراه بمنزلة الآلة والقصاص انما يجب على مستعمل الآلة لا على الآلة ، وقال أبو يوسف لا يجب على واحد منهما لان الآمر غير مباشر انما هو متسبب والقصاص لا يجب على المتسبب مع المباشر دليله الدافع مع الحافر والمأمور مسلوب الاختيار ، وقال زفر يجب على المأمور ولا يجب على الآمر لان المأمور مباشر فيجب عليه وحده كالدافع مع الحافر

ولنا على أبي حنيفة أن المأمور قاتل فوجب عليه القصاص كما لو لم يأمر ، والدليل على أنه قاتل أنه ضرب بالسيف ولان القتل جرح أو فعل يتعقبه الزهوق وهذا كذلك ولانه يأثم اثم القاتل وقولهم انه بمنزلة الآلة لا يصح فانه يأثم والآلة لا تأثم وقولهم انه مسلوب الاختيار لا يصح فانه قصد استبقاء نفسه بقتل هذا ، وهذا يدل على قصده واختيار نفسه ولا خلاف في أنه يأثم ولو سلم الاختيار لم يأثم كالمجنون ، والدليل على أن الآمر قاتل أنه تسبب إلى قتله بما

ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله و بعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفرداً يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذي رووه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا يقتل مسلم بكافر)

أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر أي كافر كان . روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبدالعزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وابن شبرمة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي يقتل المسلم بالذمي خاصة قال احمد: الشعبي والنخعي قالا دية المجوسي واليهودي والنصراني مثل دية المسلم وإن قتله يقتل به هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم سبحان الله ماهذا القول ؟ واستبشعه وقال: النبي ﷺ يقول « لا يقتل مسلم بكافر » وهو يقول يقتل بكافر فأي شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب، وبما روى ابن البيلماني أن النبي ﷺ أقاد مسلما بذمي وقال « أنا أحق من وفى بذمته » ولانه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

ولنا قول النبي ﷺ « المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ولا يقتل مؤمن بكافر »

يفضي اليه غالباً فوجب عليه القصاص كما لو أنهشه حية أو أسداً أو رماه بسهم ولانه ألجأه إلى الهلاك أشبه ما لو ألقاه عليه .

﴿مسئلة﴾ (وإن أمر من لا يميز أو مجنوناً أو عبده الذي لا يعلم أن القتل محرم فقتل فالقصاص على الآمر)

إذا أمر عبده بقتل رجل وكان العبد ممن لا يعلم تحريم القتل كمن نشأ في غير بلاد الاسلام وجب القصاص على الآمر ، فأما إن أقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله ، ومتى كان عالما بذلك فالقصاص على العبد ، ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير واذا لم يكن عالما أدب العبد ، ونقل أبو طالب عن أحمد قال : يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت لان العبد سوط المولى وسيفه ، كذا قال علي وأبو هريرة قال علي رضي الله عنه يستودع السجن، وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعا وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لانه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه القصاص كما لو علم العبد خطر القتل

ولنا أن العبد إذا لم يكن عالما بخطر القتل فهو معتقد إباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فقتل انسانا ولان حكمة القصاص الزجر والردع ولا يحصل ذلك في معتقد الاباحة وإذا لم يجب عليه وجب على السيد لانه آلة لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه

رواه الامام أحمد وأبو داود ، وفي لفظ [لايقتل مسلم بكافر] رواه البخاري وأبو داود، وعن علي رضي الله عنه قال من السنة أن لايقتل مسلم بكافر رواه الامام أحمد ولانه منقوص بالكفر فلايقتل به المسلم كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا، وحديثهم ليس له اسناد قاله أحمد وقال الدارقطني يرويه ابن البيلماني وهو ضعيف اذا أسند فكيف اذا أرسل؟ والمعنى في المسلم أنه مكافيء للمسلم بخلاف الذمي، فأما المستأمن فوافق ابو حنيفة الجماعة في أن المسلم لايقاد به وهو المشهور عن أبي يوسف، وعنه يقتل به لما سبق في الذمي . ولنا أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي مع ماذكرنا من الدليل في التي قبلها

(فصل) فان قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل أو جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح فقال أصحابنا يقتص منه وهو قول الشافعي لان القصاص عقوبة فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها كالحدود ولأنه حق وجب عليه قبل اسلامه فلم يسقط باسلامه كالدين ويحتمل أن لايقتل به وهو قول الاوزاعي لقول النبي ﷺ « لايقتل مسلم بكافر » ولأنه مؤمن فلا يقتل بكافر كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولان اسلامه لو قارن السبب منع عمله فاذا طرأ سقط حكمه

(فصل) وإن جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلماً بسراية الجرح لم يقتل به قاتله لان التكافؤ معدوم حال الجناية وعليه دية مسلم لان اعتبار الارش بحالة استقرار الجناية بدليل مالو قطع

حية فقتلته أو ألقاه في زبية أسد فأكله ، ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فالقصاص على العبد لامكان إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ، ولو أمر صبيا لا يميز أو مجنونا أو أعجمياً لايعلم خطار القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الآمر دون المباشر ، فأما ان أمره بزنا أو سرقة ففعل لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص

(مسئلة) (وان أمر كبيرا عاقلا عالما بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل)

لا نعلم فيه خلافا لانه قاتل ظلما فوجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أمر السلطان بقتل انسان بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وان لم يعلم فعلى الآمر)

إذا كان المأمور يعلم أن المأمور بقتله لا يستحق القتل فالقصاص عليه لانه غير معذور في فعله فان النبي ﷺ قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه » فلزم القصاص كما لو أمره غير السلطان وان لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور معذور لوجوب طاعة الامام في غير المعصية ، والظاهر أنه لا يأمر الا بالحق وان كان الآمر غير السلطان فالقصاص على القاتل بكل حال علم أو لم يعلم لانه لا يلزمه

يدي رجل ورجليه فسرى إلى نفسه دية واحدة ، ولو اعتبر حال الجرح وجب ديتان ، ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب قصاص لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار وهذا قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي . وللسيد أقل الامرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته لان نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها لان الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها ، وان كان الاقل الدية لم يستحق أكثر منها لان نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وإعتاقه . وذكر القاضي ان أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ان على الجاني قيمته للسيد وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية وهذا اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب

قال أبو الخطاب من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمي ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات فعلى الجاني قيمته للسيد لان حكم القصاص معتبر بحال الجناية دون حال السراية فكذلك الدية ، والاول أصح إن شاء الله لأن سراية الجرح مضمونة فاذا أتلفت حراً مسلماً وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان . وقول احمد فيمن فقأ عيني عبد عليه قيمته للسيد لا خلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره أحمد ، ولان الواجب مقدر بما تفضي اليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل ان من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم

طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فان اليه القتل في الردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس اليه شيء من ذلك

(فصل) إذا أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وقد ذكرناه وإن وجبت الدية كانت عليهما فان كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي الضمان عليه دون الامام لان الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور يعتقد تحريمه فلم يكن له أن يقبل أمره فاذا قبله لزمه الضمان لانه قتل من لا يحل له قتله . قال شيخنا وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فان كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكره القاضي وان كان مقلداً فلا ضمان عليه لان له تقليد الامام فيما رآه وان كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد عبده الذي لا يعتقد تحريم القتل به

(مسئلة) (وان أمسك انسانا لآخر فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت في احدى الروايتين)

أما وجوب القصاص على القاتل فلا خلاف فيه لانه قتل من يكافئه عمداً بغير حق وأما الممسك فان لم يعلم ان القاتل يقتله فلا شيء عليه لانه متسبب والقاتل مباشر فيسقط حكم المتسبب ، وان أمسكه ليقتله مثل ان أمسكه حتى ذبحه فاختلفت الرواية فيه عن أحمد فروي عنه انه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن

يلزم الجاني أكثر من دية ولو قطع أصبعاً فسرى إلى نفسه لوجبت الدية كاملة فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب ديته كاملة . فأما ان جرح مرتداً أو حربياً فسرى الجرح إلى نفسه فلا قصاص فيه ولا دية سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم لان الجرح غير مضمون فلم يضمن سرايته بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات بسراية الجرح لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة لانها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون، وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ثم مات من جراحه . وأما اليد فالصحيح انه لا قصاص فيها ، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها لان القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله . وللشافعي في وجوب القصاص قولان

ولنا انه قطع هو قتل لم يجب به القتل فلم يجب القطع كما لو قطع من غير مفصل ، وفارق ما قاسوا عليه فان القطع لم يصر قتلا وهل تجب دية الطرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ضمان فيه لانه تبين انه قتل لغير معصوم (والثاني) تجب لان سقوط حكم سراية الجرح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الامرين من ديته أو دية النفس ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان لان الردة قطعت حكم السراية فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل آخر له (والثاني) يجب أقل الامرين لانه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة اولى . ولانه قطع صار قتلا فلم يجب أكثر من

علي وروي عن أحمد انه يقتل أيضا وهو قول مالك قال سليمان بن موسى الاجتماع فينا ان يقتلا لانه لولم يمسكه ما قدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه ، وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لان النبي ﷺ قال « ان أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله » والممسك غير قاتل ولان الامساك سبب غير ملجئ، فاذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك انه يقتله

ولنا ما روى الدار قطني باسناده عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال اذا امسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي امسك لانه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فانا نفعل به ذلك حتى يموت

(فصل) فان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم ادركه الثاني فقتله فان كان الاول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لانه حبسه على القتل ، وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي امسكه غير عالم وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال، والاول أصح لانه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بامساكه ، فان قيل فلم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لا تعتبرون ارادة القتل في الجارح قلنا اذا مات من الجرح فقد مات

دية كما لو لم يرتد وفارق أصل الوجه الاول فانه لم يصر قتلا ولان الاندمال والقتل منع وجود السراية والردة منعت ضمانها ولم تمنع جعلها قتلا، وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا

(فصل) وان قطع مسلم يد نصراني فتمجس وقلنا لا يقر فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وان قلنا يقر عليه وجبت دية مجوسي، وان قطع يد مجوسي فتنصر ثم مات وقلنا يقر وجبت دية نصراني ويجيء على قول أبي بكر والقاضي أن تجب دية نصراني في الاولى ودية مجوسي في الثانية كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتباراً بحال الجناية

(فصل) وإن قطع يد مسلم فارتد ثم أسلم ومات وجب القصاص على قاتله نص عليه أحمد رحمه الله في رواية محمد بن الحكم. وقال القاضي يتوجه عندي انه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية لم يجب القصاص في النفس وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي لان القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها في الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين أحدهما في الاسلام والآخر في الردة فمات منهما

ولنا انه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لانها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فانه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فأما الدية فتجب كاملة، ويحتمل

من سرايته وأثره فيعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الاثر وفي مسئلتنا انما كان موته بامر غير السراية والفعل ممكن له فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه

(مسألة) (وان كتفه وطرحه في أرض مسبعة او ذات حيات فقتلته فحكمه حكم الممسك)

ذكره القاضي وقد مضى الكلام فيه قال شيخنا والصحيح انه لا قصاص فيه لانه مما لا يقتل غالبا وتجب فيه الدية لانه فعل به فعلا متعمداً لا يقتل غالباً فهو شبه عمد وهكذا ذكره في كتاب الكافي

(فصل) وان اشترك في القتل اثنان لا يجب القصاص على احدهما كالاب والاجنبي في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد والخاطئ والعامد ففي وجوب القصاص على الشريك روايتان اظهرهما وجوبه على شريك الاب والعبد وسقوطه عن شريك الخاطئ. ظاهر المذهب وجوب القصاص على شريك الاب وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعن احمد رواية اخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطئ والصبي والبالغ والمجنون والعاقل

ولنا أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وقولهم ان فعل الاب غير موجب ممنوع فانه يقتضي الايجاب لكونه تمحض عمداً

وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منها ، فأما إن كان زمن الردة لاتسري في مثله الجناية ففيه الدية أو القصاص . وقال الشافعي في أحد قوليه لاقصاص فيه لانه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص

ولنا انهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت فأشبه مالو لم يرتد وان كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لانه فوت نفساً معصومة

(فصل) وان جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم أسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لانه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لان الجرح في الحالين كجرح رجلين . وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته ولو قطع طرفه في ردته أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيه كالتي قبلها

(فصل) ويقتل الذمي بالمسلم لان النبي ﷺ قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الانصار على أوضاح لها ولانه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى . ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت فلو قتل النصراني مجوسياً أو يهوديا قتل به نص عليه احمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا

عدوانا والجناية به أعظم اثما واكبر جرما ولذلك خصه الله تعالى بالنهي فقال (ولاتقتلوا أولادكم) ثم قال (ان قتلهم كان خطأ كبيرا) ولما سئل النبي ﷺ عن اعظم الذنب قال « ان تجعل لله نداً وهو خلقك ثم أن تقتل ولدك خشية ان يطعم معك » فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ولانه قطع للرحم التي امر الله بوصلها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه وانما امتنع الوجوب في حق الاب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمنع عمله في المحل الذي لامانع فيه واما شريك الخاطىء ففيه روايتان (احداهما) يجب القصاص فهو كمسئلتنا ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الايجاب فان فعل الخاطىء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمد الوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق الروح بخلاف مسئلتنا وكذلك كل شريكين امتنع القصاص في حق احدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالاب وشريكه كالمسلم والذمي في قتل ذمي والحر والعبد في قتل العبد اذا كان القتل عدوانا فان القصاص لايجب على المسلم ولا على الحر ويجب على الذمي والعبد اذا قلنا بوجوبه على شريك الاب لان امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لايتعدى الى فعل شريكه فلم يسقط القصاص عنه وقد روي عن ابي عبد الله انه سئل عن حر وعبد قتلا عبدا عمدا قال اما الحر فلا يقتل بالعبد والعبد ان شاء سيده اسلمه والافداه

قتله ، قيل فكيف يقتل به وديتهما مختلفة؟ فقال أذهب الى أن النبي ﷺ قتل رجلا بامرأة يعني انه قتله بها مع اختلاف ديتهما ولانهما تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي

فصل ولا يقتل ذمي بحربي لا نعلم فيه خلافا لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ولا دية فيه لذلك ولا كفارة ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك سواء قتله مسلم أو ذمي وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحاب الشافعي يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفا عنه لانه لاولاية له في قتله ، وقال بعضهم يجب القصاص دون الدية لانه لا قيمة له. ولنا انه مباح الدم أشبه الحربي ولان من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي كالحربي

(فصل) وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله الى الامام فيجب القود على من قتله سواه كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه

ولنا أنه مباح الدم وقتله متحتم فلم يضمن كالحربي ، ويبطل ماقاله بالمرتد وفارق القاتل فان قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وههنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله

بنصف قيمة العبد وظاهر هذا ان لاقصاص على العبد فيخرج مثل هذا في كل قتل شارك فيه من لايجب عليه القصاص

(فصل) فان اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ فالصحيح من المذهب انه لاقصاص على البالغ وبهذا قال الحسن والازاعي واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن القود يجب على البالغ العاقل حكاه ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي وروي عن قتادة والزهري وحماد لان القصاص عقوبة يجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً وعدوانا وجب عليه القصاص ولا نظر الى فعل شريكه بحال ولانه شارك في القتل عمدا عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وذلك لان الانسان انما يؤخذ بفعل نفسه لا بفعل غيره فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفردا فمتى تمحض عمدا عدوانا وكان المقتول مكافئا له وجب عليه القصاص وبنى الشافعي قوله على أن عمد الصبي والمجنون اذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالابوة

ولنا أنه شارك من لا اثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطىء ولان الصبي والمجنون ليس لهما قصد صحيح ولهذا لا يصح اقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ولهذا تحمله العاقلة فيكون الاولى عدم وجوب القصاص

(فصل) ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ويقدم القصاص على القتل بالردة لانه حق آدمي ، وان عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فان أسلم المرتد فهي في ذمته ، وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من أحدهما فعليه القصاص فيه أيضا ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالاسلام ولنا أنه كافر فيقتل بالذمي كالاصلي ، وقولهم ان أحكام الاسلام باقية غير صحيح فانه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها وأما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم فانه يدل على تغليظ كفره وانه لا يقر على ردته لسوء حاله فاذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى

(فصل) وان جرح مسلم ذميا ثم ارتد ومات المجروح لم يقتل به لان التكافأ مشترط حال وجود الجناية ولم يوجد ، وان قتل من يعرفه ذميا أو عبداً وكان قد أسلم وعتق وجب القصاص لانه قتل من يكافئه عمداً عدوانا فلزمه القصاص كما لو علم حاله وفارق من علمه حربياً لانه لم يعمد إلى قتل معصوم

« مسئلة » قال (ولا حر بعبد)

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبدالعزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي وإسحاق وابو ثور ويروى عن سعيد

(فصل) ولا يجب القصاص على شريك الخاطىء في قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن عليه القصاص يحكي عن مالك لانه شارك في القتل عمدا عدوانا فأشبه شريك العامد ولان مؤاخذته بفعله وفعله عمد عدوان

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يجب به القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ولان كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب الى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا إذا أقمنا فعل الخاطىء مقام فعل العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان

وصورة ذلك ان يجرحه أسد او نمر أو جرحه انسان ثم جرح هو نفسه متعمدا فهل يجب على شريكه قصاص فيه وجهان ذكرهما أبو عبدالله بن حامد واختلف فيه عن الشافعي وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه لانه شارك من لا قصاص عليه فلم يلزمه القصاص كشريك الخاطىء ولانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ولانه اذا لم يجب على شريك الخاطىء وفعله مضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى (والوجه الثاني) عليه القصاص وهو قول أبي بكر ، وروي عن أحمد أنه قال اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه

ابن المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والاخبار لقول النبي ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ولانه آدمي معصوم فأشبه الحر

ولنا ماروى الامام أحمد باسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال من السنة أن لايقتل حر بعبد وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « لايقتل حر بعبد » رواه الدارقطني ولانه لايقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلايقتل به كالاب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به الحر كالمكاتب إذا ملك مايؤدي والعمومات مخصوصات بهذا فنقيس عليه

(فصل) ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن النخعي وداود أنه يقتل به لماروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه » رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها

ولنا ماذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر رضي الله عنه أنه قال لولم أسمع رسول الله ﷺ يقول « لايقاد المملوك من مولاه والولد من والده لأقدته منك » رواه النسائي وعن علي رضي الله عنه أن رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة جلدة ونفاه عاما ومحى اسمه من المسلمين رواه سعيد والخلال وقال احمد ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة ، ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

القصاص لانه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الاب فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ منه كأن أراد ضرب غيره فأصاب نفسه فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطىء

(مسئلة) (ولو جرحه انسان عمداً فداوى جرحه بسم أو خاطه في اللحم أو فعل ذلك وليه أو الامام فمات ففي وجوب القصاص على الجارح وجهان)

اذا جرحه انسان فتداوى بسم وكان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح وينظر في الجرح فان كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وان لم يكن موجباً فلوليه الارش وان كان السم لايقتل غالباً وقد يقتل ففعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطىء وان لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية واذا كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطاء أيضا لانه لم يقصد القتل انما قصد التداوي فيكون كالذي قبله واحتمل أن يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في المسئلة قبلها وان جرح رجلا فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم مالو شرب سماً يجوز أن يقتل على مامضى فيه ، وان خاطه غيره بغير إذنه كرهاً فهما قاتلان عليهما القود وان خاطه وليه والامام وهو ممن لاولاية عليه فهما كالاجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما ، لان لهما جائز إذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ وهل على الجارح القود ؟ فيه وجهان

عن أبي بكر وعمر أنهما قالا من قتل عبده جلد مائة وحرم سهمه مع المسلمين فأما حديث سمرة فلم يثبت قال احمد: الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة ، وقال عنه أحمد انما سمع الحسن من سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولان الحسن أفتى بخلافه فانه يقول لايقتل الحر بالعبد ، وقال إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

(فصل) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر ويقتل بسيده لانه إذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ، ومتى وجب القصاص على العبد فعفى ولي الجناية إلى المال فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لانه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم إن شاء سيده أن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لانه سلم اليه ماتعلق حقه به ، وإن قال ولي الجناية بعه وادفع إلي ثمنه لم يلزمه ذلك لانه لم يتعلق بذمته شيء ، وانما تعلق بالرقبة التي سلمها فبرىء منها ، وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن ، وان امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية جميعاً؟ على روايتين ذكرناهما في غير هذا الموضع ، وان عفى عن القصاص ليملك رقبة العبد ففيه روايتان احداهما يملكه بذلك لانه يملك إتلافه فكان مالكا له كسائر أمواله (والثانية) لايملكه لانه محل تعلق به القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر فعلى هذه الرواية يتعلق أرش الجناية برقبته كما لو عفا على مال لان العوض الذي عفى لاجله لم يصح له فكان له عوضه كالعقود الفاسدة

باب شروط القصاص

وهي أربعة (أحدها) أن يكون الجاني مكلفاً فأما الصبي والمجنون فلا قصاص عليهما ، لاخلاف بين أهل العلم في أنه لاقصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمغمي عليه ونحوهما لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق » ولان القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولانهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ

(فصل) فان اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني كنت صبياً حال الجناية ، وقال ولي الجناية كنت بالغاً فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق ، لان الاصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص وان قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه أيضاً لذلك ، وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لان الاصل السلامة وكذلك ان عرف له حال جنون ثم عرف زواله قبل القتل وان ثبت لاحدهما ما ادعاه ببينة حكم له وان أقاما بينتين تعارضتا فان شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي كنت سكران وقال القاتل كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لانه أعرف بنفسه ، ولان الأصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل مايحرم عليه فأما ان قتله وهو عاقل ثم جن لم

(فصل) ويجري القصاص بين العبيد في النفس في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عمر ابن عبدالعزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة، وروي عن أحمد رواية أخرى أن من شرط القصاص تساوي قيمتهم، وإن اختلفت قيمهم لم يجر بينهم قصاص وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فان كانت أقل فلا وهذا قول عطاء، وقال ابن عباس ليس بين العبيد قصاص في نفس ولا جرح لانهم أموال

ولنا أن الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى، الحر بالحر والعبد بالعبد) وهذا نص من الكتاب فلا يجوز خلافه لان تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والانوثية

(فصل) ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس وبه قال عمر بن عبدالعزيز وسالم والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لان الاطراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولان التساوي في الاطراف معتبر في جريان القصاص بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى. ولنا قول الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية ولأنه أحد نوعي القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص في النفس

يسقط عنه سواء ثبت ذلك ببينه أو اقرار، لان رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه لان رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحاً رجع

(مسئلة) (وفي السكران وشبهه روايتان (أصحهما) وجوبه عليه)

إذا قتل السكران وجب عليه القصاص، ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أن وجوب القصاص عليه مبني على طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ولانه غير مكلف فأشبه الصبي.

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا ان قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولانه حكم لو لم يوجب عليه القصاص والحد لافضي إلى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا وفارق الطلاق لانه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل فان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه وان كان يزول قريباً ويعود من غير تداو فهو كالسكران على ما فصل فيه

(فصل) (الثاني) أن يكون المقتول معصوما فلا يجب القصاص بقتل حربي لا نعلم فيه خلافاً ولا

(فصل) واذا وجب القصاص في طرف العبد وجب للعبد وله استيفاؤه والعفو عنه

(فصل) ولو قتل عبد عبداً ثم عتق القاتل قتل به ، وكذلك لو جرح عبد عبداً ثم عتق الجارح ومات المجروح قتل به لان القصاص وجب فلم يسقط بالعتق بعده ولان التكافؤ موجود حال وجود الجناية وهي السبب فاكتفي به ، ولو جرح حر ذمي عبداً ثم لحق بدار الحرب فأسر واسترق لم يقتل بالعبد لانه حين وجوب القصاص حر

(فصل) واذا قتل عبد عبداً عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فان عفى إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لانه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداءه فداه بأقل الامرين من قيمته أو قيمة المقتول لانه إن كان الاقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لانها بدل عنه ، وإن كان الاقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لانها بدل عنه ، وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه لزمه ارش الجناية بالغاً مابلغ لانه اذا سلمه للبيع ربما زاد فيه مزايد أكثر من قيمته فان قتل عشرة أعبد عبداً لرجل عمداً فعليهما القصاص فان اختار السيد قتلهم فله قتلهم ، وإن عفى إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها ويفديه سيده فان اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض كان ذلك له لان له قتل جميعهم والعفو عن جميعهم ، وإن قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فان قتله سقط حقه وإن عفا إلى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فان كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالاول منهما لان حقه أسبق فان عفى عنه الاول

يجب بقتله دية ولا كفارة لانه مباح الدم على الاطلاق أشبه الخنزير ، ولان الله تعالى أمر بقتله فقال تعالى (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وسواء كان القاتل مسلماً أو ذمياً لما ذكرنا وكذلك المرتد لايجب بقتله قصاص ولا دية ولا كفارة وان قتله ذمي ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفي عنه لانه لاولاية له في قتله ، وقال بعضهم يجب القصاص دون الدية لانه لاقيمة له .

ولنا أنه مباح الدم أشبه الحربي ولان من لايضمنه المسلم لايضمنه الذمي كالحربي وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لان قتله إلى الامام فيجب القتل على من قتله سواء كان عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه

ولنا أنه مباح الدم قتله متحتم فلم يضمن كالحربي ويبطل ماقاله بالمرتد وفارق القاتل فان قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاختص بمستحقه وههنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قطع مسلم أو ذمي يد مرتد أو حربي فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع لانه لم يجن على معصوم وان رمى حربياً فأسلم قبل أن يقع السهم فلا شيء عليه لانه رمى رمياً مأموراً به

قتل الثاني وإن قتلهما دفعة واحدة أقرع بين السيدين فأيهما خرجت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر، وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القتيل الاول عن القصاص الى مال تعلق برقبة العبد وللثاني أن يقتص لان تعلق المال بالرقبة لايسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون، وان قتله الآخر سقط حق الاول من القيمة لانه لم يبق محل يتعلق به، وان عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضاً ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم نقدم الاول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لان القصاص لايتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، فان قيل فحق الاول أسبق قلنا لايراعى السبق كما لو أتلف أموالا لجماعة واحداً بعد واحد، فأما ان قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو، فان عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما الى القيمة لان القصاص لايتبعض؛ وان قتل عبدين لرجل واحد فله أن يقتص منه لأحدهما أيهما كان ويسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتهما جميعاً برقبته

(فصل) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ويقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما لان الكل عبيد فيدخلون في عموم قوله تعالى [والعبد بالعبد] فقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي ﷺ «المكاتب عبد مابقي عليه درهم» وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك مايؤدي أو لم يملك الا اذا قلنا إنه اذا ملك

وان رمى مرتداً فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص لانه رمى من ليس بمعصوم أشبه الحربي وفي وجوب الدية وجهان) (أحدهما) لاتجب قياساً على الحربي (والثاني) تجب لان الذمي ههنا محرم لما فيه من الافتيات على الامام.

(مسئلة) (ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين)

لانها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حربياً ثم مات من جراحه وأما اليد فالصحيح أنه لاقصاص فيها، وذكر القاضي وجهاً في وجوب القصاص فيها، لان القطع ستقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله وللشافعي في وجوب القصاص قولان.

ولنا أنه قطع صار قتلا لم يجب به القتل فلم يجب به القطع كما لو قطع من غير مفصل، وفارق ماقاسوا عليه فان القطع لم يصر قتلا وهل تجب دية الطرف؟ فيه وجهان (أحدهما) لاضمان فيه لانه قتل لغير معصوم (والثاني) يجب لان سقوط حكم سراية الجرح لايسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر، فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الامرين من ديته أو دية النفس فيه وجهان

مايؤدي فقد صار حراً ؛ نه لا يقتل بالعبد لانه حر فلا يقتل بالعبد ، وان أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة لم يقتل به أيضاً لانه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته الا بأداء جميع الكتابة جاز قتله به ، وقال ابو حنيفة اذا قتل العبد مكاتباً له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لانه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص الا لمن يثبت حقه في الطرفين

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله تعالى [العبد بالعبد] ولأنه لو كان قناً لوجب بقتله القصاص فاذا كان مكاتباً كان أولى كما لو لم يخلف وارثاً، وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم ولا نسلمه

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قتل الكافر العبد عمداً فعليه قيمته ويقتل لنقضه للعهد)

يعني الكافر الحر لا يقتل بالعبد المسلم لان الحر لا يقتل بالعبد لفقدان التكافؤ بينهما ولانه لا يحد بقذفه فلا يقتل بقتله كالاب مع ابنه وعليه قيمته ويقتل لنقضه العهد فان قتل المسلم ينتقض به العهد بدليل ماروي أن ذمياً كان يسوق حماراً بامرأة مسلمة فنخسه بها فرماها ثم أراد اكراهها على الزنا فرفع إلى عمر رضي الله عنه فقال ما على هذا صالحناهم فقتله وصلبه . وروي في شروط عمر أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم أن ألحق بالشروط من ضرب مسلماً عمداً فقد خلع عهده ، ولأنه فعل ينافي الامان وفيه ضرر على المسلمين فكان نقضاً للعهد كالاجتماع على قتال المسلمين والامتناع من أداء

(أحدهما) تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان، لان الردة قطعت حكم السراية فأشبه انقطاع حكمها باندمالها أو بقتل الآخر له (والثاني) يجب أقل الامرين لانه لو لم يرتد، لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة أولى ولانه قطع صار قتلا فلا يوجب أكثر من دية كما لو لم يرتد وفارق الوجه الاول فانه لم يصر قتلا ،ولان الاندمال والقتل منع وجود السراية والردة منعت ضمانها ولم يمنع جملها قتلا وللشافعي من التفصيل نحو ما قلنا

﴿مسئلة﴾ (وان عاد إلى الاسلام ثم مات وجب القصاص على قاتله)

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وقال القاضي يتوجه عندي ان زمن الردة ان كان مما تسري فيه الجناية لم يجب القصاص في النفس؛ وهل يجب في الطرف الذي قطع في اسلامه؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي لان القصاص يجب بالجناية والسراية كلها فاذا لم يوجد جميعها في الاسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه احدهما في الاسلام والآخر في الردة فمات منهما

ولنا أنه مسلم حال الجناية والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السراية حال الردة لا يمنع لانها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فانه يحتمل ان يموت بمرض أو سبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فاما الدية فتجب كاملة ويحتمل وجوب نصفها لانه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة فيوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان

الجزية وفيه رواية أخرى أنه لاينتقض عهده بذلك فعلى هذا عليه قيمته ويؤدب بما يراه ولي الامر

(فصل) وان قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به لانا لانقتل المسلم بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لانقتل نصف الحر بعبد وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر وان قتل من نصفه حر من نصفه حر قتل به لان القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما مستويان

(فصل) ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والاخبار ولان المؤمنين تتكافؤ دماءهم ولانعلم في هذا خلافا، وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكى اليه عاملا أنه قطع يده ظلما لئن كنت صادقا لاقيدنك منه، وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه وروى أبوداود قال خطب عمر فقال اني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه الي اقصه منه فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته تقصه منه؟ قال اي والذي نفسي بيده أقصه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ولان المؤمنين تتكافؤ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجري القصاص بينهما كسائر الرعية.

(فصل) وإذا قتل القاتل غير ولي الدم فعلى قاتله القصاص ولورثة الاول الدية في تركة الجاني الاول وبهذا قال الشافعي، وقال الحسن ومالك يقتل قاتله ويبطل دم الاول لانه فات محله

وجرح نفسه فمات منها، فاما ان كان زمن الردة لاتسري في مثله الجناية نفيه الدية والقصاص وقال الشافعي في أحد قوليه لاقصاص فيه لانه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص

ولنا أنهما متكافئان في حال الجناية والسراية والموت فاشبه مالو لم يرتد، وان كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لانه فوت نفسا معصومة

(فصل) وان جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم اسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لانه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك، وسواء تساوى الجرحان أوزاد أحدهما مثل ان قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لان الجرح في الحالين كجرح رجلين، وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال اسلامه؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في ردته، ولو قطع طرفه في ردته اولا فاسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيها كالتي قبلها

(فصل) وان قطع مسلم يد نصراني فتمجس وقلنا لايقر فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وان قلنا يقر عليه وجبت دية مجوسي وان قطع يد مجوسي فتنصر ثم مات وقلنا يقر وجبت دية نصراني، ويجيء على قول أبي بكر والقاضي ان تجب دية نصراني في الاولى ودية مجوسي في الثانية كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فاسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتبارا بحال الجناية وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

فأشبه مالو قتل العبد الجاني وروي عن قتادة وأبي هاشم لاقود على الثاني لانه قتل مباح الدم فلم يجب بقتله قصاص كالزاني المحصن

ولنا على وجوب القصاص على قاتله أنه محل لم يتحتم قتله ولم يبح لغير ولي الدم قتله فوجب القصاص بقتله كما لو كان عليه دين

ولنا على وجوب الدية في تركة الجاني الاول أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية كما لو مات أو عفا بعض الشركاء أوحدث مانع، وفارق العبد الجاني فانه ليس له مال ينتقل اليه. فان عفا أولياء الثاني على الدية أخذوها ودفعوها الى ورثة الاول فان كانت عليه ديون ضم ماقبضوا من الدية الى سائر تركته ثم ضرب أولياء المقتول الاول مع سائر أهل الديون في تركته وديته. وإن أحال ورثة المقتول الثاني ورثة المقتول الاول بالدية على القاتل الثاني صحت الحوالة، ويتخرج أن تجب دية القتيل الاول على قاتله ابتداء لانه أتلف محل حق ورثته فكان غرامته عليه كما لو قتل العبد الجاني وإن مات القاتل عمداً وجبت الدية في تركته وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك يسقط حق ولي الجناية وتوجيه المذهبين على ما تقدم

(فصل) الثالث ان يكون المجني عليه مكافئا للجاني وهو ان يساويه في الدين والحرية أو الرق فيقتل الحر المسلم بالحر المسلم ذكرا كان أو انثى لقول الله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد)

(مسئلة) (ويقتل العبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتها أو اختلفت)

هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي والشعبي والزهري وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى ان من شرط القصاص تساوي قيمتهم وان اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص، وينبغي ان يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فان كانت أقل فلا وهذا قول عطاء وقال ابن عباس ليس في العبيد قصاص في نفس ولا جرح لانهم أموال

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) وهذا نص الكتاب فلا يجوز خلافه ولان تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والانوثية

(فصل) ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس. به قال عمر بن عبد العزيز وسالم والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وأبي حنيفة لان الاطراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولان التساوي في الاطراف معتبر في جريان القصاص بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى

(مسألة) قال (والطفل والزائل العقل لا يقتلان بأحد)

لاخلاف بين أهل العلم أنه لاقصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والاصل في هذا قول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق » ولان القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولانهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ

(فصل) فان اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني كنت صبيا حال الجناية وقال ولي الجناية كنت بالغا فالقول قول الجاني مع يمينه اذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فان عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك فان لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لان الاصل السلامة وكذلك ان عرف له جنون ثم علم زواله قبل القتل، وإن ثبتت لاحدهما بينة بما ادعاه حكم له ، وإن أقاما بينتين تعارضتا فان شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي كنت سكران وقال القاتل كنت مجنوناً فالقول قول القاتل مع يمينه لانه أعرف بنفسه ولان الاصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل مايحرم عليه

(فصل) فان قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه القصاص سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو اقرار

ولنا قول الله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين) الآية ولانه أحد أنواع القصاص فجرى بين العبيد كالقصاص في النفس

(فصل) واذا وجب القصاص في طرف العبد فللعبد استيفاؤه والعفو عنه دون السيد

(فصل) ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدبر وام الولد ويقتل المدبر وام الولد بكل واحد منهم لان الكل عبيد فيدخلون في قوله تعالى (والعبد بالعبد) وقد دل على كون المكاتب عبدا قول النبي ﷺ « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وسواء كان قد أدى من كتابته شيئاً أو لم يؤد وسواء ملك ما يؤدي أو لم يملك إلا إذا قلنا إنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فلا يقتل بالعبد لان الحر لا يقتل بالعبد وان أدى ثلاثة أرباع الكتابة لم يقتل أيضاً إذا قلنا إنه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته إلا باداء جميع الكتابة قال يقتل به ، وقال أبو حنيفة إذا قتل العبد مكاتب له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لانه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (العبد بالعبد) ولانه لو كان قنا لوجب قتله القصاص فاذا كان مكاتبا كان أولى كما لو لم يخلف وارثا وما ذكروه فنبني بنوه على أصولهم ولا نسلمه

(فصل) إذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل لان الحر لا يقتل بالعبد لعدم التكافؤ ولانه

لان رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يتم عليه حال جنونه لان رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحا رجع

(فصل) ويجب القصاص على السكران اذا قتل حال سكره ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب ان وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه وفيه روايتان ، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان (أحدهما) لا يجب عليه لانه زائل العقل أشبه المجنون ولأنه غير مكلف أشبه الصبي والمجنون .

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى ولانه حكم لولم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا ، ويفارق هذا الطلاق ولانه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل ، فأما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونا فلا قصاص عليه وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه

لا يحد بقذفه فلا يقتل به كالاب مع الابن وعليه قيمته ويقتل لنقض العهد ان قلنا ينتقض عهده وفيه روايتان ذكرناهما في موضع ذلك وعلى الرواية الاخرى لا يقتل وعليه قيمته ويؤدب بما يراه الامام أو نائبه

(فصل) وان قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به لان المسلم لا يقتل بالكافر وان قتل من نصفه حر عبدا لم يقتل به لانا لا نقتل نصف الحر بعبد وان قتله حر لم يقتل به لان النصف الرقيق لا يقتل به الحر وان قتل من نصفه حر مثله قتل به لان القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل وهما متساويان

(مسألة) (ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر)

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية رواه سعيد وروي نحوه عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب الى القول الثاني يحتج بقول علي

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (الحر بالحر) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت ان النبي ﷺ قتل يهوديا رض رأس جارية من الانصار وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن وان الرجل يقتل بالمرأة وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لانه قصاص

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يقتل والد بولده وإن سفل)

وجملته أن الاب لا يقتل بولده والجد لا يقتل بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وبه قال ربيعة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق واصحاب الرأي ، وقال ابن نافع وابن عبد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر آي الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب ان يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين . وقال ابن المنذر قد رووا في هذا أخباراً ، وقال مالك ان قتله حذفاً بالسيف ونحوه لم يقتل به وإن ذبحه أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه اقيد به

ولنا ماروى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولأن النبي ﷺ قال « أنت ومالك لأبيك» وقضية هذه الاضافة تمليكه إياه فاذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الاضافة شبهة في درء القصاص لانه يدرأ بالشبهات ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغي ان يتسلط بسببه على اعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الاب سائر الناس فانهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والاب بخلافه

واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الابدال لاعبرة به في القصاص بدليل ان الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما وتقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لانه لا يخلو اما أن يكون رجلا أو امرأة

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد لا يقتل العبد بالعبد لا ان تستوي قيمتهما ، ولا عمل عليه وقد ذكرناه)

﴿ مسألة ﴾ (ويقتل الكافر بالمسلم)

لان النبي ﷺ قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على اوضاح لها ولانه إذا قتل بمثله فمن هو فوقه أولى وكذلك يقتل العبد بالحر والمرتد بالذمي وان عاد الى الاسلام نص عليه لذلك

(فصل) ويقتل المرتد بالذمي ويقدم القصاص على القتل بالردة لانه حق آدمي وان عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فان أسلم المرتد فهو في ذمته وان قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وان قطع طرفا من مسلم أو ذمي فعليه القصاص فيه أيضا وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لان أحكام الاسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالاسلام

(فصل) والجد وإن علا كالأب في هذا وسواء كان من قبل الأب او من قبل الام في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب وقال الحسن بن حي يقتل به

ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا ملكه، والجد من قبل الاب كالجد من قبل الام لان ابن البنت يسمى ابناً قال النبي ﷺ في الحسن « إن ابني هذا سيد »

﴿مسألة﴾ (قال والأم في ذلك كالأب)

هذا الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب ، وروي عن احمد رحمه الله ما يدل على أنه لا يسقط عن الام فان مهنا نقل عنه في ام ولد قتلت سيدها عمداً تقتل، قال من يقتلها؟ قال ولدها . وهذا يدل على ايجاب القصاص على الأم بقتل ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين (احداهما) ان الام تقتل بولدها لانه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالاخ ،والصحيح الأول لقول النبي ﷺ « لا يقتل والد بولده » ولانها أحد الوالدين فأشبهت الأب ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الاب بقتل الكبير الذي لا ولاية عليه وعن الجد ولا ولاية له وعن الاب المخالف في الدين أو الرقيق والجدة

ولنا انه كافر فيقتل بالذمي الاصلي وقولهم ان احكام الاسلام باقية غير صحيح فانه قد زالت عصمته وحرمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرها ، واما مطالبته بالاسلام فهو حجة عليهم لانه يدل على تغليظ كفره وانه لا يقر على ردته لسوء حاله فاذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى ولا يمنع اسلامه وجوب القصاص عليه لانه بعد استقرار وجوب القصاص عليه والاصل في كل واجب بقاؤه فاشبه مالو قتله وهو عاقل ثم جن

(مسئلة) (ولا يقتل مسلم بكافر أي كافر كان)

هذا قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعاوية رضي الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وابن شبرمة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو عبيد وابو ثور وابن المنذر ،وقال النخعي والشعبي واصحاب الرأي يقتل المسلم بالذمي خاصة قال احمد الشعبي والنخعي قالا:دية المجوسي والنصراني مثل دية المسلم وان قتله يقتل به سبحان الله هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم ماهذا القول؟واستبشعه وقال:النبي ﷺ يقول« لا يقتل مسلم بكافر » وهو يقول يقتل بكافر فأي شيء أشد من هذا؟واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها لقوله تعالى(النفس بالنفس) وقوله(الحر بالحر) وبما روى ابن البيلماني ان النبي ﷺ اقاد مسلما بذمي وقال «انا احق من وفى بذمته » ولانه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

وإن علت في ذلك كالأم وسواء في ذلك من قبل الأب او من قبل الام لما ذكرنا في الجد

(فصل) وسواء كان الوالد مساويا للولد في الدين والحرية أو مخالفاً له في ذلك لان انتفاء القصاص لشرف الابوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أوقتل المسلم أباه الكافر او قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر والده العبد لم يجب القصاص لشرف الابوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(فصل) وإذا ادعى نفران نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لانه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وان ألحقته القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لانه شريك الأب في قتل ابنه وإن رجعا جميعاً عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لان النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به كالو أقر له بحق سواه أو كما لوادعاه واحد فألحق به ثم جحده وان رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لان رجوعه لم يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لانه شارك الاب وان عفى عنه فعليه نصف الدية، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل الحاقه باحدهما لم يجب القصاص وان نفيا نسبه لم ينتف بقولهما وان نفاه

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم لا يقتل مؤمن بكافر» رواه أحمد وابو داود وفي لفظ « لا يقتل مسلم بكافر » رواه البخاري وأبو داود وعن علي انه قال من السنة ان لا يقتل مؤمن بكافر رواه الامام احمد ولانه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن والعمومات مخصوصات بحديثنا وحديثهم ليس له اسناد قاله احمد وقال الدارقطني : يرويه ابن البيلماني وهو ضعيف اذا اسند فكيف اذا ارسل ؟ والمعنى في المسلم انه مكافىء للمسلم بخلاف الذمي ووافق أبو حنيفة الجماعة في المستأمن ان المسلم لا يقاد به وهو المشهور عن أبي يوسف وعنه يقتل به لما سبق في الذمي

ولنا انه ليس بمحقون الدم على التأبيد فأشبه الحربي مع ماذكرنا من الادلة في الادلة التي قبلها

(فصل) ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت اديانهم او اختلفت فيقتل النصراني باليهودي والمجوسي نص عليه احمد في النصراني يقتل بالمجوسي اذا قتله قتل فكيف يقتل به واديانهما مختلفة؟ قال اذهب الى ان النبي ﷺ قتل رجلا بأمرأة يعني انه قتله بها مع اختلاف دينهما ولانهما تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر فجرى مجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (ولا يقتل حر بعبد)

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز وعكرمة وعمرو بن دينار ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن الشعبي وروي عن سعيد بن

(أحدهما) لم ينتف بقوله لانه لحقه بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وفارق التي قبلها من وجهين : (أحدهما) إذا رجع عن دعواه لحق الاخر وههنا لا يلحق بذلك . (والثاني) ان ثبوت نسبه ثم بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا يثبت بالاشتراك في الوطء فلا ينتفي بالجحد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء .

(فصل) ولو قتل أحد الابوين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لانه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على والده لانه إذا لم يجب بالجناية عليه فلان لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواه او من يشاركه في الميراث او لم يكن لانه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه واذا لم يثبت بعضه سقط كله لانه لا يتبعض وصار كما لو عفى بعض مستحق القصاص عن نصيبه منه فان لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص في قول اكثر اهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الزهري لا يقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح فأشبه الامة

ولنا عمومات النص ولانهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فيقتل به كالأجنبيين ، وقوله إنه ملكها غير صحيح فانها حرة وانما ملك منفعة الاستمتاع فأشبه المستأجرة

المسيب والنخعي وقتادة والثوري وأصحاب الرأي انه يقتل به لعموم الآيات والاخبار لقول النبي ﷺ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم» ولانه آدمي معصوم اشبه الحر

ولنا ماروى الامام احمد باسناده عن علي رضي الله عنه انه قال من السنة ان لايقتل حر بعبد وعن ابن عباس ان النبي ﷺ قال « لايقتل حر بعبد »رواه الدار قطني ولانه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به كالاب مع ابنه ولان العبد منقوص بالرق فلم يقتل به كالمكاتب اذا ملك مايؤدي والعمومات مخصوصة بهذا فنقيس عليه

(مسئلة) (إلا أن يجرحه وهو مثله او يقتله ثم يسلم القاتل او الجارح او يعتق فيموت المجروح فانه يقتل به)

وجملة ذلك أن الاعتبار في التكافؤ بحالة الوجوب كالحد فعلى هذا اذا قتل ذمي ذميا او جرحه ثم أسلم الجارح ومات المجروح أوقتل عبد عبداً أوجرحه ثم عتق القاتل او الجارح ومات المجروح وجب القصاص لانهما متكافئان حال الجناية ولان القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن

(فصل) ولا يقتل السيد بعبده في قول أكثر أهل العلم وحكي عن النخعي وداود انه يقتل به لما روى قتادة عن الحسن عن سمرة قال ان النبي ﷺ قال « من قتل عبده قتلناه ومن جدعه جدعناه» رواه سعيد والامام أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها

ولهذا تجب ديتها عليه ويرثها ورثتها ولا يرث منها الا قدر ميراثه ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

(فصل) ولو قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحد يرث ابنه منه شيئا من ميراثه لم يجب القصاص لما ذكرنا ، ولو قتل خال ابنه فورثت أم ابنه القصاص أو جزءا منه ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره فورثها ابنه سقط القصاص لان مامنع مقارناً أسقط طارئاً وتجب الدية ولو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا

(فصل) واذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لان الوالد لايقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص ، وان اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب عليه قصاص لان السيد لايقتل بعبده

(فصل) ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه فان كانت الزوجية بينهماموجودة حال قتل الاول فالقصاص على قاتل الثاني دون الاول لان القتيل الثاني ورث جزءاً من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص عنه ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لانه قتله بحق ، وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما

ولنا ماذكرناه في التي قبلها وعن عمر رضي الله عنه انه قال لو لم اسمع رسول الله ﷺ يقول «لايقاد المملوك من مولاه والوالد من ولده لاقدته منك» رواه النسائي وعن علي رضي الله عنه ان رجلا قتل عبده فجلده النبي ﷺ مائة ونفاه عاما ومحي اسمه من المسلمين رواه سعيد والخلال قال احمد ليس بشيء من قبل اسحاق بن أبي فروة ورواه عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا «من قتل عبده جلد مائه وحرم سهمه مع المسلمين» فاما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد :الحسن لم يسمع من سمرة انما هي صحيفة وقال غيره : انما سمع الحسن من سمرة ثلاثة احاديث ليس هذا منها ولان الحسن افتي بخلافه فانه يقول لايقتل الحر بالعبد وقال اذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

(فصل) ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر وسيده لانه اذا قتل بمثله فبمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولي الجناية الى المال فله ذلك ويتعلق ارشها برقبته لانه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص فان شاء سيده ان يسلمه الى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لانه سلم اليه ماتعلق حقه به وان قال ولي الجناية بعه وادفع الي ثمنه لم يلزمه ذلك لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما يتعلق بالرقبة التي سلمها فبرىء منها وفيه وجه آخر انه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن، وان امتنع من تسليمه

فضل لاحدهما فهو له على أخيه ، وان لم تكن الزوجية بين الابوين قائمة فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لانه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله فان بادر أحدهما فقتل صاحبه فقد استوفى حقه وسقط القصاص عنه لانه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن او ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه ، وان تشاحا في المبتدىء منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الاول لانه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهذا قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما تساويا في الاستحقاق فيصيرا الى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولا إما بمبادرة أو قرعة ورثه في قياس المذهب ان لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وان كان محجوبا عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر ، وان عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وان تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الام الفضل على قاتل الاب لان عقل الام نصف عقل الاب ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما لتساويهما في استحقاقه لسقوط الديتين اذا تساوتا ولانه لا سبيل الى استيفائهما واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف فلا يجوز فتعين السقوط ، وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه . فاذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه ثم لابنه أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه ، وان كان لكل واحد منهما ابنة فقتل أحدهما

واختار فداءه فهل تلزمه قيمته او ارش الجناية ؟ على روايتين تذكران في غير هذا الموضع

(مسئلة) (وان جرح مسلم كافراً فأسلم المجروح ثم مات مسلما بسراية الجرح لم يقتل به قاتله لعدم التكافؤ حال الجناية وعليه دية مسلم لان اعتبار الارش بحال استقرار الجناية وهذا قول ابن حامد بدليل مالو قطع يدي رجل ورجليه فسرى الى نفسه ففيه دية واحدة ولو اعتبر حال الجناية وجب ديتان ولو قطع حر يد عبد ثم عتق ومات لم يجب القود لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجاني دية حر اعتباراً بحال الاستقرار وهو قول ابن حامد كالمسئلة قبلها ومذهب الشافعي وللسيد اقل الامرين من نصف قيمته او نصف دية حر والباقي لورثته لان نصف قيمته ان كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها لان الزائد حصل بحريته ولا حق له فيما حصل بها وان كان الاقل الدية لم يستحق أكثر منها لان نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وهو العتق وذكر القاضي ان احمد نص في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم عتق ومات ان على الجاني قيمته للسيد وهذا يدل على ان الاعتبار بحال الجناية وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأبي الخطاب

قال ابو الخطاب من قطع يد ذمي ثم اسلم ومات ضمنه بدية ذمي ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات فعلى الجاني قيمته للسيد لان حكم القصاص معتبر بحال الجناية دن حال السراية

صاحبه سقط القصاص عنه لانه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخيه ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله

(فصل) أربعة اخوة قتل الاول الثاني والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لانه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الاول وقد كان للرابع نصف قصاص الاول فرجع نصف قصاصه اليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للاول قتل الثالث لانه لم يرث من دم نفسه شيئاً فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث مايرثه عن أخيه الثاني وإن عفا عنه الى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها وان كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها

(مسئلة) قال (ويقتل الولد بكل واحد منهما)

هذا قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، وحكى أصحابنا عن احمد رواية ثانية أن الابن لا يقتل بأبيه لانه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالاب مع ابنه والمذهب أنه يقتل به للآيات والاخبار وموافقة القياس ولان الاب أعظم حرمة وحقا من الاجنبي فاذا قتل بالاجنبي فبالاب أولى ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالاجنبي ولا يصح قياس الابن على الاب

وكذلك الدية والاول أصح ان شاء الله تعالى قاله شيخنا لان سراية الجرح مضمونة فاذا اتلفت حرا مسلما وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان وقول أحمد فيمن فقأ عيني عبد عليه قيمته للسيد لاخلاف فيه وانما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره احمد ولان الواجب مقدر بما تفضي اليه السراية دون ماتتلفه الجناية بدليل ان من قطعت يداه ورجلاه فسرى القطع الى نفسه لم يلزم الجاني اكثر من دية ولو قطع اصبعا فسرى الى نفسه لوجبت الدية كاملة فكذلك اذا سرت الى نفس حر مسلم تجب دية كاملة فاما ان قطع يد مرتد أو حربي فسرى ذلك الى نفسه لم يجب قصاص ولا دية ولا كفارة سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم لان الجرح غير مضمون فلم تضمن سرايته بخلاف التي قبلها

(مسئلة) (وان رمى مسلم ذميا عبدا فلم يقع السهم به حتى عتق واسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم اذا مات من الرمية

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وقال ابو بكر يجب القصاص لانه قتل مكافئا له عمداً عدواناً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلما كذلك حال الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الاصابة بدليل ما لو رمى فلم يصبه حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء، ولو رمى عبداً كافراً فعتق أو أسلم غرمه بدية حر مسلم.

لان حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الوالد مع الولد وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي ﷺ [أحدهما] أنه قال «لا يقاد الاب من ابنه ولا الابن من أبيه» (والثاني) أنه كان يقيد الاب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه رواه الترمذي وهذان الحديثان أما الحديث الاول لانعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا أظن له أصلا وان كان له أصل فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته

﴿مسئلة﴾ قال (ويقتل الجماعة بالواحد)

وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً فعلى كل واحد منهم القصاص اذا كان كل واحد منهم لو انفرد بفعله وجب عليه القصاص روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وأبو سلمة وعطاء وقتادة وهو مذهب مالك والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يقتلون به وتجب عليهم الدية وهذا قول ابن الزبير والزهري وابن سيرين وحبيب بن أبي ثابت وعبد الملك وربيعة وداود وابن المنذر وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس وروي عن معاذ بن جبل وابن الزبير وابن سيرين

ولنا على درء القصاص أنه لم يقصد إلى نفس مكافئة فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربياً أو مرتدا فأسلم وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لان الاصابة ناشئة عن ارسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح

ولنا أن الاصابة حصلت في حر فكان ضمانه ضمان الاحرار كما لو قصد هدفا أو طائراً فأصاب حراً ثم يبطل بما اذا رمى حياً فأصابه ميتاً أو عبداً صحيحاً فأصابه بعد قطع يديه لم تجب ديته لورثته وعنده تجب لمولاه ولو رمى كافراً فأصابه السهم بعد أن أسلم كانت ديته لورثته المسلمين وعند أبي حنيفة لورثته الكفار

ولنا أنه مات مسلماً حراً فكانت ديته للمسلمين كما لو كان مسلما حال الرمي فوجوب المال معتبر بحال الاصابة لانه يدل على المحل فيعتبر عن المحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس مسلم حر والقصاص جزء الفعل فيعتبر الفعل فيه والاصابة معا لانهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

(فصل) ولو قطع يد عبد ثم عتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان

(أحدهما) الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها اقل الامرين من ديته او ارش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة الى السيد اعتباراً بحال الجناية لأنها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي اسلم بدية ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها الى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لان الدية

والزهري أنه يقتل منهم واحد ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية لان كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ولان الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لايؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولان التفاوت في الاوصاف يمنع بدليل ان الحر لايؤخذ بالعبدوالتفاوت في العددأولى قال ابن المنذر لاحجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد

ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا ، وعن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعا ولانها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ويفارق الدية فانها تتبعض والقصاص لايتبعض ولان القصاص لو سقط بالاشتراك أدى الى التسارع الى القتل به فيؤدي الى إسقاط حكمة الردع والزجر

(فصل) ولا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في سببه فلو جرحه رجل جرحا والآخر مائة أوجرحه أحدهما موضحة والآخر آمة أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لان اعتبار التساوي يفضي الى سقوط القصاص عن المشتركين إذ لا يكاد

لاتخلو من ان تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فان كانت له وجب ان تكون لورثته المسلمين كسائر امواله واملاكه كالذي كسبه بعد جرحه، وان كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار

(فصل) وإن قطع ألف عبد قيمته الف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد ، وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لانه انما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لان الجناية يراعى فيها حال وجودها وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه

(فصل) فان قطع يد عبد فاعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لانها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه العبد لسيده اذ قلنا ان العبد يضمن بما نقصه ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته أونصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل الى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها او نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها اقل الامرين من أرش القطع او دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول ابي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيده

جرحان يتساويان من كل وجه ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم لان الشرط يعتبر العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في انتفاء الحكم ولان الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولان الجراح إذا صارت نفسا سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد الا ترى أنه لو قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات

(فصل) إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه الثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم الى الدية فيأخذ من كل واحد ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وله أن يعفو عن اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث فان برئت جراحة أحدهم ومات من الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برىء جرحه بمثل جرحه ويقتل الآخرين أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن يعفو عن الذي برىء جرحه ويأخذ منه دية جرحه فان ادعى الموضح أن جرحه برىء قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فان صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة اليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكه لان الاصل عدم البرء فيها لكن ان اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في إنكار ذلك لان له ان يقتلهما سواء

اعتبارا بحال جنايته وان سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين خطأ وعمداً ولكن يجب القصاص في الرجل لانه قطعها من حر فان قتص منه وجب نصف الدية لانه مات من جنايته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية وللسيد اقل الامرين من نصف القيمة او نصف الدية فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة وان عفا ورثته عن القصاص فلهم ايضا نصف الدية فان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية وان سرى الجرحان الى نفسه فلا قصاص على الاول لانه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لان المجني عليه حر في حال استقرار الجناية وعلى الثاني القصاص في النفس اذا كانا عمدا القطع لانه شارك في القتل عمدا عدوانا فهو كشريك الاب ويتخرج ان لاقصاص عليه في النفس لان الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الاب وان عفا عنه الى الدية فعليه نصف دية حر وان قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان وان قلنا لا يجب في النفس وجب في الرجل

(فصل) وإن قطع عين عبد ثم عتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الاول سواء اندمل جرحه أو سرى وأما الآخران فعليهما القصاص في الطرفين ان وقف قطعهما أو ديتهما

برئت أولم تبرأ، وان اختار الدية لم يلزمها أكثر من ثلثيها وان كذبه الولي حلف وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه باكثر من ثلثها فان شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لاقرارهما بوجوبها وللولي أخذها منهما ان صدقهما وان لم يصدقهما وعفا الى الدية لم يكن له أكثر من ثلثيها لانه لايدعي أكثر من ذلك وتقبل شهادتهما له ان كانا قد تابا وعدلا لانهما لايجران الى أنفسهما بذلك نفعا فيسقط القصاص عنه ولايلزمه أكثر من أرش موضحة

(فصل) إذا قطع رجل يده من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق ثم مات نظرت فان كانت جراحة الاول برئت قبل قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وعليه القود أو الدية كاملة ان عفا عن قتله وله قطع يد الاول أو نصف الدية وان لم تبرأ فهما قاتلان وعليهما القصاص في النفس وان عفا الى الدية وجبت عليهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الاول في النفس لان قطع الثاني قطع سراية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبه مالو اندمل جرحه وقال مالك ان قطعه الثاني عقيب قطع الاول قتلا جميعا وإن عاش بعد قطع الاول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالثاني هو القاتل وحده وإن عاش بعدهما حتى أكل وشرب فللاولياء أن يقسموا على أيهما شاؤا ويقتلوه

ان عفا عنهما، وان سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس لان جنايتهما صارت نفسا وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف ذكرناه وان عفا عنهما فعليهما الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان (أحدهما) أقل الامرين من نصف القيمة أو ثلث الدية على قياس قول أبي بكر لانه بالقطع استحق نصف القيمة فاذا صارت نفسا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الامرين

(والثاني) له أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لان الجناية اذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت اليه ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الاول الا ثلث القيمة ولا يزيد حقه بالعتق كما لو قطع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات فانه يكون للاول ثلث القيمة وإن كان ارش الجناية نصف القيمة فاذا قلنا بالوجه الاول قطع أصبعه أو هشمه، أو الجانيان في الحرية قطعا يديه فالدية عليهم أثلاثاً للسيد منها أقل الامرين من ارش الاصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثاً وكان للسيد منها أقل الامرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له في الفرعين أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية

(فصل) فان كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحرية فمات فعليهم الدية وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الامرين من ارش الجنايتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الامرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية.

(فصل) فان كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين

ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فاذا مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كان في يدين ولان القطع الثاني لا يمنع جنايته بعده فلا يسقط حكم ما قبله كما لو كان في يدين ولا نسلم زوال جنايته ولا قطع سرايته فان الالم الحاصل بالقطع الاول لم يزل وانما انضم اليه الالم الثاني فضعفت النفس عن احتمالهما فزهقت بهما فكان القتل بهما ويخالف الاندمال فانه لا يبقى معه الالم الذي حصل في الاعضاء الشريفة فاختلفا، فان ادعى الاول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه القصاص في اليد أو نصف الدية، وان كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا فائدة له في تكذيبه لان قتله واجب، وان عفا عنه الى الدية فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية وان كذب الولي الاول حلف وكان له قتله لان الاصل عدم ما ادعاه ولو ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم في الاول إذا ادعى ذلك

﴿ مسألة ﴾ قال (واذ قطعوا يدا قطعت نظيرتها من كل واحد منهم)

وجملته ان الجماعة اذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص وجب القصاص على جميعهم وبه قال مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور، وقال الحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر لا تقطع يدان بيد واحدة ويتعين ذلك وجها في مذهب احمد لانه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون

الاقل من ارش الجناية أو ربع الدية، وان كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الامرين من ارش الجنايات أو ثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الاقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية فالدية عليهم فللسيد فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين

(فصل) وإن قطع يده ثم عتق فقطع آخر رجله ثم عاد الاول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية فان كان قبل الاندمال فعلى الجاني الاول القصاص في النفس دون اليد لانه قطعها في رقه، فان اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد لانه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرش الطرف قبل الاندمال فان الطرف داخل في النفس في الارش، فان اختاروا العفو فعليه الدية دون ارش الطرف لان ارش الطرف يدخل في النفس، وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو ارش الطرف والباقي للورثة، وأما الثاني فعليه القصاص في الرجل لان القتل قطع سرايتها فصار كما لو اندملت، فان عفا عنه فعليه نصف الدية وان كان الثاني هو الذي قتله قبل الاندمال فعليه القصاص في النفس وهل يقطع طرفه؟ على روايتين فان عفا الورثة فعليه دية واحدة وأما الاول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه، وإن كان القاتل ثالثاً فقد استقر القطعان ويكون على الاول نصف القيمة لسيده وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية

(فصل) وإذا قطع رجل يد عبد ثم أعتقه ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان لانه انما

بالواحد وهذا تنبيه على أن الاطراف لاتؤخذ بطرف واحد لان الاطراف يعتبر التساوي فيها بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصتها ولا أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ، ولا يمينا بيسار ولا يسارا بيمين، ولا نساوي بين الطرف والاطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فاننا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها ولانه يعتبر في القصاص في الاطراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب لم يجب القصاص بخلاف النفس ، ولان الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كيلا يتخذ وسيلة الى كثرة القتل، والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا في غاية الندرة فلا حاجة الى الزجر عنه ولان إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد، وإيجابه عن المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك الا على صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها الى تكلف ، فايجاب القصاص للزجر عنها يكون منعا لشيء ممتنع بنفسه لصعوبته واطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس، يحققه أن وجوب القصاص على الجماعة بواحد في النفس والطرف على خلاف الاصل لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه وانما خولف هذا الاصل في الانفس زجراً عن

قطع يد عبده وانما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح ، وان مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه لان الجناية كانت على مملوكه، وفي وجوب الضمان وجهان (أحدهما) لا يجب شيء لانه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ، ولاننا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه ، وهذا مقتضى قول أبي بكر (والثاني) يضمنه بما زاد على ارش القطع من الدية لانه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن كما لو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط ارش القطع لانه في ملكه ويجب الزائد لورثته فان لم يكن وارث سواه وجب لبيت المال ولا يرث السيد شيئاً لان القاتل لا يرث

(مسئلة) (ولو قتل من يعرفه ذمياً عبداً فبان أنه قد عتق وأسلم فعليه القصاص)

لانه قتل من يكافئه بغير حق أشبه ما لو علم حاله

(مسئلة) (وإن كان يعرفه مرتداً فكذلك عند أبي بكر)

لما ذكرنا قال ويحتمل أن لا يلزمه الا الدية لانه لم يقصد قتل معصوم فلم يلزمه قصاص كما لو قتل في دار الحرب من يظنه حربياً فبان أنه بعد أن أسلم

(فصل) (الرابع أن لا يكون أبا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده وان سفل والاب والام في ذلك سواء)

وجملة ذلك أن الاب لا يقتل بولده ولا بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين

الاشتراك الذي يقع القتل به غالبا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ، ولان النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك

ولنا ماروي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا بآخر فقالا هذا هو السارق وأخطأنا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الاول وقل لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما، فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة ، ولانه أحد نوعي القصاص فتؤخذ الجماعة بالواحد كالانفس، وأما اعتبار التساوي فمثله في الانفس فاننا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلما بكافر ولا حراً بعبد ، وأما أخذ صحيح الاطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وانما يفوت تبعاولذلك كانت ديتهما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فان ديتهما مختلفة ، وأما اعتبار التساوي في الفعل فانما اعتبر في اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع فاذا قطع كل واحد منهما من جانب كان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل صاحبه فلايجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله ، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وانما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه اليها فزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لايستوفى من الطرف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه ، ولا يجوز تجاوزه وفي النفس لو قتله بجرح في بطنه أو جنبه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه. اذاثبت هذا فانما يجب القصاص على المشتركين في الطرف اذا اشتركوا فيه

وولد البنات ، وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده ولا بولد ولده عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة والثوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال ابن نافع وابن عبدالحكم وابن المنذر يقتل به لظاهر آي الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص، ولانهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالاجنبيين ، وقال ابن المنذر قد رووا في هذا الباب أخباراً وقال مالك إن قتله حذفا بالسيف ونحوه لم يقتل به ، وان ذبحه أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد الى قتله دون تأديبه أقيد به .

ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « لا يقتل والد بولده » أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه وذكرهما ابن عبد البر وقال هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون الاسناد في مثله مع شهرته تكلفاً ولان النبي ﷺ قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الاضافة تمليكه إياه فاذا لم تثبت حقيقة الملكية ثبتت الاضافة شبهة في درء القصاص لانه يدرأ بالشبهات ولانه سبب ايجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص العمومات ، ويفارق الاب سائر الناس فانهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب عليهم القصاص والاب بخلافه

على وجه لا يتميز فعل أحدهم عن فعل الآخر إما بأن يتعهد وا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعون عن الشهادة أو يكرهوا انسانا على قطع طرف فيجب قطع المكرهين كلهم والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين، فان قطع كل واحد منهم من جانب أو قطع أحدهم بعض المفصل وأتمه غيره أو ضرب كل واحد ضربة أو وضعوا منشاراً على مفصله ثم مده كل واحد اليه مرة مرة حتى بانت اليد فلا قصاص فيه لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها، وان كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

(مسألة) قال (وإذا قتل الاب وغيره عمداً قتل من سوى الاب)

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور، وعن أحمد رواية اخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطيء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل

ولنا انه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي، ولا نسلم ان فعل الاب غير موجب فانه يقتضي الايجاب لكونه تمحض عمداً

(فصل) والجد وإن علا كالاب في هذا وسواء كان من قبل الاب أو من قبل الام في قول أكثر مسقطي القصاص عن الاب، وقال الحسن بن حي يقتل به

ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ولان ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا تملكه، والجد من قبل الام كالذي من قبل الاب، وقال النبي ﷺ «ان ابني هذا سيد»

(فصل) ويستوي في ذلك الاب والام في الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الاب، وعن أحمد ما يدل على أنه لا يسقط عن الام فان مهنا نقل عنه في أم ولد قتلت سيدها عمدا تقتل قال من يقتلها؟ قال ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين

(احداهما) أن الام تقتل بولدها لانها لا ولاية لها عليه أشبه الاخ، والصحيح الاول لقول النبي ﷺ «لا يقتل والد بولده ولانها أحد الابوين فأشبهت الاب ولانها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الاب بقتل ولده الكبير الذي لا ولاية له عليه وعن الاب المخالف في الدين أو الرقيق، والجدة وإن علت في ذلك كالام وسواء في ذلك من قبل الاب أو من قبل الام لما ذكرنا في الجد

(فصل) وسواء في ذلك اتفاقهما في الدين والحرية واختلافهما فيه لان انتفاء القصاص لشرف

عدواناً والجناية به أعظم اثما وأكثر جرما ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه فقال (ولا تقتلوا أولادكم — ثم قال — ان قتلهم كان خطأ كبيراً) ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب قال «أن تجعل لله نداً وهو خالقك، ثم أن تقتل ولدك خشية ان يطعم معك» فجعله اعظم الذنوب بعد الشرك ولانه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها ووضع الاساءة موضع الاحسان فهو أولى بايجاب العقوبة والزجر عنه وانما امتنع الوجوب في حق الاب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمتنع عمله في المحل الذي لامانع فيه . وأما شريك الخاطيء فلنا فيه منع ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الايجاب فان فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ولاصالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس بخلاف مسئلتنا

(فصل) وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالاب وشريكه مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد عمداً عدواناً فان القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد إذا قلنا بوجوبه على شريك الاب لان امتناع القصاص عن المسلم لاسلامه وعن الحر لحريته وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه

وقد نقل عبد الله بن أحمد قال سألت أبي رحمه الله عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً قال أما الحر فلا يقتل بالعبد وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله والعبد ان شاء سيده اسلمه وإلا فداه بنصف قيمة

الابوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم أباه الكافر أو قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر ولده العبد لم يجب القصاص لشرف الابوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

(فصل) إذا تداعى نفسان نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما فلاقصاص عليهما لانه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنهما وإن ألحقه القافة باحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لانه شريك الاب في قتل الابن ، وإن رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لان النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن اقرارهما به كما لو أقرا له بحق سواه أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جحده ، وان رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لان رجوعه لا يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لانه شارك الاب ، وان عفا عنه فعليه نصف الدية ، ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل الحاقه باحدهما لم يجب القصاص ، وإن نفيا نسبه لم ينتف بقوله لانه لحق بالفراش فلا ينتفي الا باللعان وفارق التي قبلها من وجهين

(أحدهما) أن أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وهنا لا يلحق بذلك

العبد وظاهر هذا انه لا قصاص على العبد فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص

﴿مسألة﴾ قال (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ لم يقتل واحد منهم وعلى العاقل ثلث الدية في ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما لان عمدهما خطأ)

أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب انه لا قصاص عليه وبهذا قال الحسن والاوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد رواية اخرى ان القود يجب على البالغ العاقل حكاها ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني للشافعي وروي ذلك عن قتادة والزهري وحماد لان القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً عدواناً وجب القصاص عليه ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال ولانه شارك في القتل عمداً عدوانا فوجب عليه القصاص كشريك الاجنبي وذلك لان الانسان انما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً فمتى تمحض عمداً عدوانا وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص. وبنى الشافعي قوله على ان فعل الصبي والمجنون

(والثاني) ان ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا ثبت بالاشتراك فلا ينتفي بالجحد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء

﴿مسألة﴾ (ويقتل الولد بكل واحد منهما في اظهر الروايتين)

هذا قول جماعة أهل العلم منهم مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وحكى بعض أصحابنا عن أحمد ان الابن لا يقتل بأبيه لانه لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه، والصحيح أنه يقتل به للآيات والاخبار وموافقة القياس ولان الاب اعظم حرمة وحقا من الاجنبي فاذا قتل بالاجنبي فبالاب أولى ولانه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي، ولا يصح قياس الابن على الإب لان حرمة الوالد على الولد آكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التمليك بخلاف الولد مع الوالد، وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة عن النبي ﷺ انه قال «لا يقاد الاب من ابنه ولا الابن من أبيه» والثاني: أنه كان يقيد الاب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه، وهذا الحديث لا نعرفه ولم نجده في كتاب السنن المشهورة ولا نظن له اصلا فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والاجماع الذي لا تجوز مخالفته

﴿مسألة﴾ (ومتى ورث ولده القصاص أو شيئاً منه أو ورث القاتل شيئاً من دمه سقط القصاص فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص)

إذا تعمداه عمد لانهما يقصدان القتل وانما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالابوة

ولنا انه شارك من لا مأثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطيء ولان الصبي والمجنون لاقصد لهما صحيح ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ وهذا معنى قول الخرقي عمدهما خطأ اي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه ومدار ديته وحمل عاقلتهما إياها ووجوب الكفارة . إذا ثبت هذا فان الدية تجب عليهم أثلاثا على كل واحد منهم ثلثها لان الدية بدل المحل ولذلك اختلفت باختلافه والمحل المتلف واحد فكانت ديته واحدة ولانها تتقدر بقدره أما القصاص فانما كمل في كل واحد لانه جزاء الفعل وافعالهم متعددة فتعدد في حقهم وكمل في حق كل واحد كما لو قذف جماعة واحداً إلا ان الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالا لان فعله عمد والعاقلة لاتحمل العمد وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما لان عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية وتكون مؤجلة عاما لان الواجب متى كان ثلث الدية كان أجله عاما ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله لان فعلهما خطأ والقاتل الخاطيء والمشارك في القتل خطأ يلزمه كفارة لانها لاتجب بدلا عن المحل ولهذا لم تختلف وانما وجبت تكفيراً للفعل ومحواً لأثره فوجب تكميلها كالقصاص

لانه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على أبيه لانه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكراً أو انثى أو كان للمقتول ولد سواه أو من يشاركه في الميراث أولم يكن لانه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله لانه لا يتبعض وصار كالو عفا بعض مستحقي القصاص عن نصيبه منه، فان لم يكن للمقتول ولد منها وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري والشافعي واصحاب الرأي ، وقال الزهري لايقتل الزوج بامرأته لانه ملكها بعقد النكاح أشبه الامة

ولنا عموم النصوص ولانهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل به كالاجنبيين، قوله إنها ملكه غير صحيح فانها حرة وانما ملك منفعة الاستمتاع فاشبه المستأجرة ولهذا تجب عليه ديتها ويرثها ورثتها ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ، ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الامة

(مسألة) (ولو قتل رجل اخا زوجته فورثته ثم ماتت فورثها ولده سقط عنه القصاص وسواء كان لها ولد من غيره اولا)

لان القصاص فيما ورثه ولده فيسقط جميعه لان القصاص لا يتبعض فاشبه مالو عفا أحد الشريكين وكذلك لو قتلت المرأة اخا زوجها فصار القصاص أو جزء منه لابنها سقط القصاص سواء صار اليه ابتداء أو انتقل اليه من أبيه أو من غيره لما ذكرنا

« مسئلة » قال (ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر)

هذا قول عامة اهل العلم ، منهم : النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم .

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية. أخرجه سعيد . وروي مثل هذا عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي رضي الله عنه ولأن عقلها نصف عقله فاذا قتل بها بقي له بقية فاستوفيت ممن قتله .

ولنا قوله تعالى (النفس بالنفس) وقوله (الحر بالحر) مع عموم سائر النصوص وقد ثبت أن النبي ﷺ قتل يهودياً رضَّ رأس جارية من الأنصار . وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان وان الرجل يقتل بالمرأة ، وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الأبدال لا عبرة به

(فصل) ولو قتل رجل اخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئاً لم يجب القصاص لما ذكرنا

(فصل) وإذا قتل أحد ابوي المكاتب المكاتب أو عبداً له لم يجب القصاص لان الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والد قصاص ، وان اشترى المكاتب أحد ابويه ثم قتله لم يجب القصاص لان السيد لا يقتل بعبده .

(مسألة) (ولو قتل أباه أو اخاه فورثه أخواه ثم قتل احدهما صاحبه سقط القصاص عن الاول لانه ورث بعض دم نفسه)

(مسألة) (وان قتل أحد الابنين اباه والآخر امه وهي زوجة الاب سقط القصاص عن الاول لذلك وله ان يقتص من أخيه ويرثه لان القتل بحق لا يمنع الميراث)

إذا قتل أحد الابنين اباه والآخر امه والزوجية بينهما موجودة حال قتل الاول فالقصاص على القاتل الثاني دون الاول لان القتيل الثاني ورث جزءاً من دم الاول فلما قتل ورثه قاتل الاول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخيه فان قتله ورثه ان لم يكن له وارث سواه لانه قتل بحق وان عفا عنه الى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما فضل لاحدهما فهو على أخيه

في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع اختلاف دينيهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما .

(فصل) ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لانه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى

« مسألة » قال (ومن كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح)

وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس جرى القصاص بينهما في الاطراف فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالانثى والانثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم ومن لا يقتل بقتله لا يقطع طرفه بطرفه فلا يقطع مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا والد بولد وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور واسحاق وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ، ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لأن التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا يؤخذ طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى .

(فصل) وان لم تكن زوجة الاب فعلى كل واحد منهما القصاص لاخيه لانه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله ، فان بادر احدهما فقتل أخاه فقد استوفى حقه وسقط عنه القصاص لانه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث إلا ان يكون المقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه ان لم يكن له وارث سواه فان تشاحا في المبتدىء منهما بالقتل احتمل ان يبدأ بقتل القاتل الاول لانه اسبق واحتمل ان يقرع بينهما وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانهما تساويا في الاستحقاق فصرنا الى القرعة وايهما قتل صاحبه اولا اما بمبادرة او قرعة ورثه في قياس المذهب ان لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وان كان محجوباً عن ميراثه كله فلوارث القتيل قتل الآخر وان عفى أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضاً وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وان تعافيا جميعاً على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الام الفضل على قاتل الاب لان عقله نصف عقل الاب ويتخرج ان يسقط القصاص عنهما في استحقاقه كسقوط الديتين إذا تساوتا ولانه لا سبيل إلى استيفائهما معا واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف لا يجوز فتعين السقوط وان كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه فاذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه وللابن ان يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال ابيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه وان كان لكل واحد منهما بنت فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لانه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه

ولنا أن من جرى بينهما القصاص في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فان التكافؤ معتبر بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة لان المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الاصابع بكاملة الاصابع وأما اليسار واليمين فيجريان مجرى النفس لاختلاف محليهما ولهذا استوى بدلها فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك .

« مسئلة » قال (وإذا قتلاه وأحدهما مخطىء والآخر متعمد فلا قود على واحد منهما وعلى العامد نصف الدية في ماله وعلى عاقلة المخطىء نصفها وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة)

أما المخطىء فلا قصاص عليه للكتاب والسنة والاجماع : أما الكتاب فقول الله تعالى (وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وقال تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به) وأما السنة فقول النبي ﷺ « عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان » واجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصا ، وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي . وروي عن أحمد أن عليه القصاص ، وحكي ذلك عن مالك لانه شارك في القتل عمداً عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه .

القصاص وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخته ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل ابوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله

(فصل) أربعة أخوة قتل الاول الثاني والثالث الرابع فالقصاص على الثالث لانه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الاول وحده وقد كان للرابع نصف قصاص الاول فرجع نصف قصاصه اليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان الاول قتل الثالث لانه لم يرث من دم نفسه شيئا فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث ما ورثه عن أخيه الثاني فان عفا عنه الى الدية وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها وان كان لهما ورثة كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها

(مسئلة) (وان قتل من لا يعرفه وادعى كفره لم يقبل)

لانه محكوم باسلامه بالدار ولهذا يحكم باسلام اللقيط ويكون القول قول الولي وكذلك ان ادعى رقه لان الاصل الحرية والرق طارىء وكذلك لو ضرب ملفوفا فقده وادعى أنه كان ميتا لم يقبل لان الاصل الحياة وان قطع طرف انسان وادعى شلله لم يقبل لان الاصل السلامة

(مسئلة) (وان قتل رجلا في داره وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله دفعا عن نفسه وأنكر وليه فالقول قول الولي)

ولنا أنه قتل لم يتمحض عمداً فلم يوجب القصاص كشبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأ ولان كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فاذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه اليه وههنا اذا أقمنا المخطىء مقام العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأ وهذا غير موجب .

(فصل) وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ذكرهما ابو عبدالله ابن حامد وصورة ذلك أن يجرحه سبع ويجرحه انسان عمداً إما قبل ذلك او بعده فيموت منهما او يجرح نفسه عمداً ثم يجرحه غيره عمداً فيموت منهما فهل يجب على المشارك له قصاص؟ فيه وجهان ، واختلف عن الشافعي فيه، وقال أصحاب الرأي لاقصاص عليه لانه شارك من لايجب القصاص عليه فلم يلزمه قصاص كشريك الخاطئ ، ولانه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ، ولانه اذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون فلأن لايجب على شريك من لايضمن فعله أولى

(والوجه الثاني) عليه القصاص وهو قول ابي بكر ، وروي عن احمد انه قال: اذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص لانه قتل عمد متمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الاب ، فأما ان جرح الرجل نفسه خطأ كأنه أراد ضرب جارحه فأصاب

وجملة ذلك انه اذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه او أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه الا بقتله لم يقبل قوله الا ببينة ولزمه القصاص اذا انكر وليه روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال ان لم يأت باربعة شهداء فليعط برمته ولان الاصل عدم مايدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى فاما ان اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولادية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغدى اذ جاء رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا ياأمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا فقال له عمر مايقولون؟ فقال ياأمير المؤمنين إني ضربت فخذي امرأتي فان كان بينهما أحد فقد قتلته فقال عمر مايقول؟ قالوا ياأمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم دفعه اليه وقال ان عادوا فعد رواه سعيد في سننه وروي عن الزبير انه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا اعطنا شيئا فاعطاهما طعاما كان معه فقالا خل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ولان الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو اقر بقتله قصاصا أو في حد يوجب قتله وان ثبت ببينة فكذلك

نفسه أو خاط جرحه فصادف اللحم الحي فلا قصاص على شريكه في أصح الوجهين ،وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطىء

(فصل) فان جرحه انسان فتداوى بسم فمات نظرت فان كان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد ان جرح وتنظر في الجرح فان كان موجباً للقصاص فلوليه استيفاؤه وان لم يكن موجباً له فلوليه الارش ، وان كان السم لايقتل في الغالب وقد يقتل بفعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطىء واذا لم يجب القصاص فعلى الجارح نصف الدية ، وان كان السم يقتل غالباً بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضاً لانه لم يقصد القتل انما قصد التداوي فيكون كالذي قتله واحتمل ان يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في الفصل الذي قبله ، وان جرح رجل فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم مالو شرب سما يجوز ان يقتل على مامضى فيه وان خاطه غيره بغير اذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود ، وان خاطه وليه أو الامام وهو ممن لاولاية عليه فهما كالاجنبي وان كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لان فعلهما جائز لهما اذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ وهل على الجارح القود؟ فيه وجهان بناء على شريك الخاطىء

(مسألة) (وان تجارح اثنان وادعى كل واحد منهما انه جرح صاحبه دفعا عن نفسه وأنكر الآخر وجب القصاص والقول قول المنكر)

لان سبب القصاص قد وجد وهو الجرح والاصل عدم مايدعيه الاخر وقال شيخنا يجب الضمان لذلك والقول قول كل واحد منهما مع يمينه في نفي القصاص لان ما يدعيه محتمل فيندرىء به القصاص لانه يندرىء بالشبهات هذا الذي ذكره في كتاب الكافي والاول اقيس لانه لو كان دعوى مايمنع القصاص اذا احتمل مانع منه لما وجب القصاص في المسائل المتقدمة والحكم بخلافه والله أعلم

(فصل) أجمع أهل العلم على ان القود لايجب الا بالعمد ولا نعلم في وجوبه بقتل العمد اذا اجتمعت شروطه وانتفت الموانع خلافا وقد دل عليه الآيات والاخبار بعمومها فقال تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) وقال تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) وقال تعالى (ولكم في القصاص حياة) يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع الاقدام على القتل خوفا على نفسه من القتل فتبقى الحياة فيمن أريد قتله ، وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ، وقال النبي ﷺ « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل واما أن يفدى » متفق عليه وروى أبو شريح الخزاعي قال قال رسول الله ﷺ « من أصيب بدم فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فان أراد الرابعة فخذوا على يديه ان يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية » رواه أبو داود

(فصل) وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله وان كان مجدع الاطراف معدوم الحواس

﴿ مسألة ﴾ قال (ودية العبد قيمته وان بلغت ديات)

أجمع اهل العلم ان في العبد الذي لاتبلغ قيمته دية الحر قيمته وان بلغت قيمته دية الحر او زادت عليها، فذهب احمد رحمه الله الى ان فيه قيمته بالغة مابلغت وان بلغت ديات عمداً كان القتل او خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبدالعزيز واياس بن معاوية والزهري ومكحول ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وابو حنيفة ومحمد لاتبلغ به دية الحر، وقال ابو حنيفة ينتقص عن دية الحر ديناراً او عشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق وهذا اذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد بأن يغصب عبداً فيموت في يده فان قيمته تجب وان زادت على دية الحر واحتجوا بأنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لان الله تعالى لما أوجب في الحر دية لاتزيد وهو أشرف لخلوصه من نقيصة الرق كان تنبيهاً على ان دية العبد المنقوص لايزاد عليها فنجعل مالية العبد معياراً لقدر الواجب فيه مالم يزد على الدية فاذا زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كارش مادون الموضحة يجب فيه ماتخرجه الحكومة مالم يزد على ارش الموضحة فنرده اليها

ولنا انه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة مابلغت كالفرس او مضمون بقيمته فكانت جميع

والقاتل صحيح سوي الخلق أو كان بالعكس وكذلك ان تفاوتا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر ونحو ذلك لايمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلوناها ، وقول النبي ﷺ « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ولان اعتبار التساوي في الصفات والفضائل يفضي إلى اسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض .

(فصل) ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والاخبار التي ذكرناها لانعلم في هذا خلافا وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا اليه عاملا أنه قطع يده ظلماً لئن كنت صادقا لاقدنك منه وثبت أن عمر كان يقيد من نفسه وروي أبو داود قال خطب عمر فقال اني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلي أقصه منه فقال عمرو بن العاص لو أن رجلا أدب بعض رعيته أتقصه منه؟ قال إي والذي نفسي بيده أقصه وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه ولان المؤمنين تتكافأ دماؤهم وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجري القصاص بينهما كسائر الرعية

(فصل) ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الاسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلماً عالماً بإسلامه عامداً فعليه القود سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر ، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة

القيمة كما لو ضمنه باليد ويخالف الحر فانه ليس بمضمون بالقيمة وانما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه ولان ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا ، وقد حكى ابو الخطاب عن احمد رحمه الله رواية أخرى انه لايبلغ بالعبد دية الحر والمذهب الاول

(باب القود)

القود القصاص ولعله انما سمي بذلك لان المقتص منه في الغالب يقاد بشيء يربط فيه أو بيده الى القتل فسمي القتل قوداً لذلك

لايجب القصاص بالقتل في غير دار الاسلام فان لم يكن المقتول هاجر لم يضمنه بقصاص ولا دية عمداً قتله أو خطأ، وان كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجل أسيراً مسلماً في دار الحرب لم يضمنه إلا بالدية ولم يجب القود عمداً قتله أو خطأ

ولنا ما ذكرنا من الآيات والاخبار ولانه قتل من يكافئه عمداً ظلماً فوجب عليه القود كما لو قتله في دار الاسلام ولان كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وان لم يكن فيها إمام كدار الاسلام

(فصل) وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وقال مالك الامر عندنا ان يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك الى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الانسان فيدخل بيتاً أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بحديث عمر رضي الله عنه في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم به وبقياسه على المحارب

ولنا عموم قوله تعالى (فقد جعلنا لوليه سلطاناً) ، وقول النبي ﷺ « فأهله بين خيرتين » ولانه قتيل في غير المحاربة فكان أمره الى وليه كسائر القتلى ، وقول عمر لاقدتهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم .

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون من يستحقه مكلفاً فان كان صبياً أو مجنونا لم يجز استيفاؤه ويحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون اذا كان من يستحق القصاص واحداً غير مكلف صغيراً أو مجنونا كصبي قتلت أمه وليست زوجة لابيه فالقصاص له وليس لابيه ولا لغيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي ،وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس ،وذكر أبو الخطاب في موضع في الاب روايتين وفي موضع وجهين (أحدهما) كقولهما ولان القصاص أحد بدلي النفس فكان للاب استيفاؤه كالدية

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو شق بطنه فأخرج حشوته فقطعها فأبانها منه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ولو شق بطنه ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لان الاول لا يعيش مثله والثاني قد يعيش مثله)

وجملته انه اذا جنى عليه اثنان جنايتين نظرنا فان كانت الاولى أخرجته من حكم الحياة مثل قطع حشوته أي مافي بطنه وابانتها منه او ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فلاول هو القاتل لانه لا يبقى مع جنايته حياة فالقود عليه خاصة وعلى الثاني التعزير كما لو جنى على ميت ، وان عفا الولي الى الدية فهي على الاول وحده وان كان جرح الاول يجوز بقاء الحياة معه مثل شق البطن من غير ابانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضرب عنقه آخر فالثاني هو القاتل لانه لم يخرج الاول من حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة ان عفا عنه ، ثم ننظر في جرح الاول فان كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو عن ديته مطلقاً وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الارش وانما جعلنا عليه القصاص لان فعل الثاني قطع سراية جراحه فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولا اعلم فيه مخالفا ولو كان جرح الاول يفضي الى الموت لامحالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة

ولنا أنه لا يملك ايقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولان القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب فافترقا ولان الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فانه يجوز العفو إلى الدية والصلح إلى مال أكثر منها أو أقل والدية بخلاف ذلك

(فصل) وكل موضع يجب تأخير الاستيفاء فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها فان قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين قلنا لان في تخليته تضييعا للحق لانه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه (أحدها) أن قضاء الدين لا يجب مع الاعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ههنا واجب وإنما تعذر المستوفي (الثاني) أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس (الثالث) أنه قد استحق قتله وفيه تفويت نفسه ونفعه فاذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفاً رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا لان في القصاص حقا للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا ينفذ وصاياه من الدية ويقضي ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة

مثل خرق المعى أو ام الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لانه فوت حياة مستقرة وقيل هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي الله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لبناً فخرج يصلد فعلم الطبيب انه ميت فقال اعهد الى الناس فعهد اليهم وأوصى وجعل الخلافة الى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده واجمعوا على قبول وصاياه وعهده، فلما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى برء علته

[فصل] اذا ألقى رجلا من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله فالقصاص على من قتله لانه فوت حياته قبل المصير الى حال يئس فيها من حياته فأشبه مالو رماه انسان بسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه، وبهذا قال الشافعي ان رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وان رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان . [أحدهما] كقولنا (والثاني) الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منهما سبب للاتلاف .

ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجارح مع الذابح وكالصور التي ذكرناوما ذكروه باطل بهذه الاصول المذكورة

الميت في يد إنسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه، ولو كان القصاص لحي في طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلي سبيله له لم يجز لان الكفالة لاتصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل، فان تعذر إحضار المكفول به فلا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولان فيه تغريراً بحق المولى عليه فانه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق

(مسئلة) (وان كانا محتاجين إلى النفقة فهل لوليهما العفو إلى الدية؟ يحتمل وجهين)

إذا وجب القصاص لصغير أو مجنون فليس لوليه العفو عن القصاص إلى غير مال لانه لا يملك اسقاط حقه وكذلك ان عفا إلى مال وكان الصبي في كفاية وقد ذكرناه، فان كان فقيراً محتاجا إلى النفقة جاز ذلك في أحد الوجهين، قال القاضي وهو الصحيح (والثاني) لا يجوز لانه لا يملك اسقاط قصاصه ونفقته في بيت المال، والصحيح الاول فان وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه اذا لم يحصل، واما اذا كان مستحق القصاص مجنوناً فقيراً فلوليه العفو الى المال لانه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها افاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي

(مسئلة) (وان قتلا قاتل أبيهما أو قطعا قاطعهما قهراً احتمل أن يسقط حقهما واحتمل أن تجب دية أبيهما لهما في مال الجاني ويرجع ورثة الجاني على عاقلتهما)

اذا وثب الصبي أو المجنون على القاتل فقتله أو على القاطع فقطعه ففيه وجهان :

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه قتل ولم تقطع يده ولا رجلاه في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى قال انه لاهل أن يفعل به كما فعل فان عفا عنه الولي فعليه دية واحدة)

وجملة ذلك أن الرجل اذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح فالكلام في المسئلة في حالين (أحدهما) أن يختار الولي القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء فروي عنه لا يستوفى الا بالسيف في العنق وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا قود الا بالسيف » رواه ابن ماجه ولان القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فانه لو صار الامر الى الدية لم تجب الا دية النفس ولان القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل واتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعديته باتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فانه لا يقتل بمثله . والرواية الثانية عن أحمد قال انه لاهل أن يفعل به كما فعل يعني أن المستوفي أن يقطع أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى [وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به] وقوله سبحانه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولأن النبي ﷺ رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من

(أحدهما) يصير مستوفياً لحقه لانه عين حقه أتلفه فأشبه مالو كانت وديعة عند رجل (والثاني) لايصير مستوفياً لحقه لانه ليس من أهل الاستيفاء فتجب له دية أبيه في مال الجاني لان عمد الصبي خطأ وعلى عاقلته دية القاتل كما لو أتلف أجنبياً بخلاف الوديعة فانها لو تلفت من غير تعد برىء منها المودع ولو هلك من غير فعل لم يبرأ من الجناية

(مسئلة) (وان اقتصا ممن لاتحمل ديته العاقلة كالعبد سقط حقهما وجهاً واحداً لانه لايمكن ايجاب ديته على العاقلة فلم يكن الا سقوطه

(فصل) الثاني اتفاق جميع الاولياء على استيفائه وليس لبعضهم الاستيفاء دون بعض) لانه يكون مستوفيا لحق غيره بغير اذنه ولا ولاية عليه فأشبه الدين

﴿ مسئلة ﴾ (فان فعل فلا قصاص عليه)

وبه قال ابو حنيفة وهو احد قولي الشافعي والقول الآخر عليه القصاص لانه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص باتلاف بعض النفس بدليل مالو اشترك الجماعة في قتل واحد

ولنا انه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولانه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالاصل، ويفارق اذا قتل الجماعة واحدا فانا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس وانما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها وان سلمنا وجوبه

الانصار بين حجرين ، ولأن الله تعالى قال (والعين بالعين) وهذا قد قلع عينه فيجب أن تقلع عينه للآية وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» ولان القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فوجب أن يستوفي منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره . فأما حديث « لا قود الا بالسيف » فقال أحمد ليس اسناده بجيد

(الحال الثاني) أن يصير الامر الى الدية اما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب دية الاطراف المقطوعة ودية النفس لانه لما قطع بسراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه مالو قتله غيره ولهذا لم يسقط القصاص فيه

ولنا أنه قتل قبل استقرار الجرح فدخل ارش الجراحة في ارش النفس كما لو سرت الى نفسه والقصاص في الاطراف على إحدى الروايتين لا يجب وان وجب فان القصاص لا يشبه الدية لان سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

(فصل) ومتى قلنا له ان يستوفي بمثل ما فعل بوليه فاحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وان قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله فكذلك لانه تارك بعض حقه وان قطع بعض أطرافه ثم عفا الى الدية لم يكن له ذلك لان جميع مافعل بوليه لايجب به الا دية واحدة فلا يجوز ان يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية فان فعل فله ما بقي من الدية فان لم يبق

عليه لقتل بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ذلك ههنا

(مسئلة) (وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجاني في احد الوجهين وفي الآخر لهم ذلك في تركة الجاني ويرجع ورثة الجاني على قاتله)

وجملة ذلك انه يجب للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الاولياء ، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني او في تركة الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان

(احدهما) يرجع على قاتل الجاني لانه اتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثاني) يرجع في تركة الجاني كما لو اتلفه اجنبي او عفا شريكه عن القصاص، وقولنا اتلف محل حقه يبطل بما اذا اتلف مستأجره او غريمه او امرأته أو كان المتلف اجنبيا، ويفارق الوديعة فانها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجنى عليه وانما له عليه حق فأشبه مالو اتلف غريمه ، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بدية مورثهم الاقدر حقه منها، فعلى هذا لو كان الجاني اقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان قتلها احدهما بغير اذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه الا نصف

منها شيء فلا شيء له، وان قلنا ليس له أن يستوفي الا بضرب العنق فاستوفى منه بمثل مافعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لان فعل الجاني في الاطراف لم يوجب عليه شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي إن قطع الجاني طرفاً واحداً ثم عفا الى الدية لم يكن له الاتمامها وان قطع ماتجب به الدية ثم عفا لم يكن له شيء وان قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية لانه لا يستحق أكثر من دية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه، واحتمل أن لا يلزمه شيء لانه لو قتله لم يلزمه شيء فاذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولانه فعل بعض مافعل بوليه فلم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل ما فعل به

[فصل] فان قطع يديه ورجليه أو جرحه جرحا يوجب القصاص إذا انفرد فسرى الى النفس فله القصاص في النفس وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسئلة (إحداهما) ليس له قطع الطرف وهو مذهب ابى حنيفة لان ذلك يفضي الى الزيادة على ماجناه الاول والقصاص يعتمد المماثلة، فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع (والثانية) يجب القصاص في الطرف فان مات به والاضربت عنقه وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في اول المسئلة، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسئلة لافضاء هذا الى الزيادة بخلاف المسئلة والصحيح

المرأة ولا يمكن ان يرجع على ورثة المرأة بشيء لان أخاه الذى قتلها أتلف جميع الحق، وهذا يدل على ضعف هذا الوجه، ومن فوائده أيضا صحة ابراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته وان قلنا يرجع على ورثة الجاني صح ابراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط اخيه العافي وان قلنا يرجع على شريكه ملك مطالبته وصح ابراؤه ولم يكن لورثة الجاني مطالبته بشيء (ومنها) اننا اذا قلنا يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الاخذ منها سواء امكن ورثته أن يستوفوا من الشريك او لم يمكنهم وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً أو معسراً

(فصل) وان عفا بعضهم سقط القصاص وان كان العافي زوجا أو زوجة، أجمع اهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل لما نذكره. والقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الانساب والاسباب الرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يكن لاحد عليه سبيل وهذا قول أكثر اهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي وروى معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي وقال الحسن وقتادة والزهري وابن شبرمة والليث والاوزاعي ليس للنساء عفو والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لاصحاب الشافعي لانه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث انه لذوى الانساب دون الزوجين لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين ان يقتلوا او يأخذوا العقل»

تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه مالو قطعه ثم قتله ولان زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لوقتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء الا بضربتين

(فصل) وان جرحه جرحا لاقصاص فيه ولايلزم فوات الحياة به مثل ان أجافه أو أمه أو قطع يده من نصف ذراعه أورجله من نصف ساقه فمات منه أوقطع يداً ناقصة الاصابع أوشلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل مثل مافعل وليس له أن يقتص الا في العنق بالسيف ذكره أبو بكر والقاضي،وقال غيرهما فيه رواية أخرى أن له أن يقتص بمثل ما فعله لانه صار قتلا فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رض رأسه بحجر فقتله به،والصحيح الاول لان هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لوقطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له ان يستوفي من يساره ، وفارق مااذا رض رأسه فمات لان ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قتل وقطع والقطع لايوجب قصاصا فبقي مجرد القتل فاذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعا لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراما وسواء في هذا مااذا قطع ثم قتل عقيبه وبين مااذا قطع فسرى الى النفس

(فصل) فأما قطع اليمنى ولايمنى للقاطع أواليد ولايد له أوقلع العين ولا عين له فمات المجني عليه فانه يقتل بالسيف في العنق ولاقصاص في طرفه ولا أعلم فيه خلافا لان القصاص انما يكون من

وادله ذوو رحمه وذهب بعض أهل المدينة الى ان القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء وقيل هو رواية عن مالك لان حق غير العافي لم يرض باسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «فأهله بين خيرتين» وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي ﷺ «من يعذرني من رجل بلغ اذاه في أهلي وماعلمت على أهلي الا خيرا وماكان يدخل على أهلي الا معي» يريد عائشة وقال له أسامة يارسول الله أهلك ولا نعلم الا خيرا وروى زيد بن وهب ان عمر أتي برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي اخت القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القتيل رواه أبو داود، وفي رواية عن زيد قال دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية وروى قتادة ان عمر رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء اولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ماتقول ؟ فقال انه قد احرز من القتل فضرب على كتفه فقال كنيف ملىء علما ، والدليل على ان القصاص لجميع الورثة ماذكرناه في مسئلة القصاص بين الصغير والكبير ولان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة واذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه ، وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة،ومتى ثبت انه حق مشترك بين جميعهم سقط باسقاط من كان من أهل الاسقاط

مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولان القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ولا سبيل اليه ولانه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفيا رجلا ممن لم يقطع له مثلها أو اذنا بدلا عن عين وهذا غير جائز وهذا يدل على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله

[فصل] وان قتله بغير السيف مثل ان قتله بحجر أوهدم أوتغريق أوخنق فهل يستوفي القصاص بمثل فعله؟ فيه روايتان (احداهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لايستوفي الا بالسيف في العنق وبه قال أبوحنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على احدى الروايتين عنده أوجرحه فمات، ووجه الروايتين ماتقدم في أول المسئلة ولان هذا لاتؤمن معه الزيادة على مافعله الجاني فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أوبالسيف فانه لا يستوفي بمثله ولان هذا لا يقتل به المرتد فلايستوفي به القصاص كما لوقتله بتجريع الخمر أوبالسحر، ولاتفريع على هذه الرواية فأما على الرواية الاخرى فانه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف وهذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لانه قتله بذلك فله قتله بمثله

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لوجرحه جرحا أوقطع منه طرفا فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فانه لايكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل الى ضرب عنقه فكذا ههنا

(فصل) وان قتله بمالا يحل لعينه مثل أن لاط به فقتله أوجرعه خمراً أوسحره لم يقتل بمثله اتفاقا

منهم لان حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فاذاسقط سقط جميعه لانه مما لايتبعض كالطلاق والعتاق ولان القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض مبناه على الدور والاسقاط فاذا اسقط بعضهم سرى الى الباقي كالعتق، والمرأة أحد المستحقين فسقط باسقاطها كالرجل، ومتى عفا احدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقا او الى الدية وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهم مخالفا ممن قال بسقوط القصاص وذلك لان حقه من القصاص سقط بغير رضاه فيثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه اومات ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود والا فلا قود وعليهم ديته)

وجملة ذلك أنه اذا قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص سواء حكم به الحاكم او لم يحكم وبهذا قال أبوحنيفة وأبو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لايجب القصاص لان فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه

ولنا انه قتل معصوما مكافئا له عمداً يعلم ان لاحق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم والاختلاف لايسقط القصاص فانه لو قتل مسلما بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله، فأما ان قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي في احد قوليه عليه القصاص

ويعدل الى القتل بالسيف، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجها آخر أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه الى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر، وان حرقه فقال بعض أصحابنا لا يحرق لان التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يعذب بالنار الا رب النار » ولانه داخل في عموم الخبر ، وهذا مذهب أبى حنيفة، وقال القاضي الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق :

(احداهما) يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال «من حرق حرقناه ، ومن غرق غرقناه » وحملوا الحديث الاول على غير القصاص في المحرق

(فصل) اذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا فان عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته وبهذا قال ابو حنيفة وقال مالك والشافعي وابن المنذر وابو يوسف ومحمد لاضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لانه قطع طرفا من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعاً من يد يستحق قطعها

ولنا انه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه او كما لو قطعه أجنبي ، فأما ان قطعه ثم قتله احتمل ان يضمنه أيضاً لانه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا

لانه قتل عمد عدوان لمن لاحق له في قتله

ولنا انه معتقد ثبوت حقه فيه مع ان الاصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل اذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه، ولا فرق بين ان يكون الحاكم قد حكم بالعفو اولم يحكم به لان الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده، وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو اولم يعلم وقد بينا الفرق بينهما، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية اما لكونه معذورا واما للعفو عن القصاص فانه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصا ويجب عليه الباقي ، فان كان الولي عفا الى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليه وان كان عفا الى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية وقيل فيه ان حق العافي من الدية على القاتل ولا يصح لان الحق لم يبق متعلقا بعينه وانما الدية واجبة في ذمته فلم تنقل الى القاتل كما لو قتله غيره

(مسئلة) (وسواء كان الجميع حاضرين او بعضهم غائب لما ذكرناه) ,

(فصل) فان كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو الى مال وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك الشافعي وابن المنذر وروي عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه الى السلطان

ولنا قوله تعالى (فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في

لم يعف عنه لان العفو احسان فلا يكون موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه وهو قول ابي حنيفة لانه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن يضمنه اذا كان القتل مستحقاً أولى

فأما القصاص فلا يجب في الطرف بحال ولا نعلم في هذا خلافا لان القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة ههنا متحققة لانه متحقق لاتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه اتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم المكافآت . فأما ان كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى وان قطع طرفا غير الذي قطعه الجاني كان الجاني قطع يده فقطع المستوفي رجله احتمل أن يكون بمنزلة مالو قطع يده لان ديتهما واحدة واحتمل أن تلزمه دية الرجل لان الجاني لم يقطعها فأشبه مالو لم يقطع يده

(فصل) فأما ان كانت الزيادة في الاستيفاء لانه الطرف مثل ان استحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمداً من مفصل أو شجة يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة ، وان كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة فعليه ارش الزيادة الا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لانه حصل بفعل الجاني، فان اختلفا هل فعله خطأ أو عمداً ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لان هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده ، وان قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من

تفسيرها أي بعد أخذه الدية وعن الحسن عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ « لا اعفي من قتل بعد أخذه الدية » ولانه قتل معصوما مكافئا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل

(فصل) واذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم يلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور وقال مالك والليث والاوزاعي يضرب ويحبس سنة

ولنا أنه انما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنونا فليس للبالغ العاقل استيفاء حتى يصيرا مكلفين في المشهور وعنه له ذلك)

وجملة ذلك ان ورثة القتيل اذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود الا باذن الباقين فان كان بعضهم غائبا انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيرا او مجنونا فظاهر مذهب احمد انه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وابو يوسف واسحاق ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله ، وعن أحمد رواية أخرى للكبار والعقلاء استيفاؤه وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وابو حنيفة لان الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصا

جهتك فالقول قول المقتص منه لانه منكر فان سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة الى نفس المقتص منه فمات أو الى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط او برد شديد فسرى فقال القاضي على المقتص نصف الدية لانه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليهما نصفين كما لو جرحه جرحا في حال ردته وجرحا بعد اسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما اذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة لان الفعل كله محرم بخلاف قطع الاصبعين فان أحدهما مباح

(فصل) قال القاضي ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي لانه أمر يفتقر الى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان اذا كان القصاص في النفس لان رجلا أتى النبي ﷺ برجل يقوده بنسعة فقال ان هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ « اذهب فاقتله » رواه مسلم بمعناه ولان اشتراط حضور السلطان لايثبت الا بنص أو اجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب أن يحضر شاهدين

وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك ولان ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية

ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لاحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان لحاضر وغائب ولانه احد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية والدليل على ان الصغير والمجنون فيه حقا اربعة أمور

(احدها) أنه لو كان منفردا لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردا كولاية النكاح

(الثاني) أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقا عند الموت لم يكن مستحقا بعده كالرقيق اذا أعتق بعد موت أبيه

(الثالث) انه لو صار الامر الى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما استحق بدله كالاجنبي

(الرابع) انه لو مات الصغير لاستحق ورثته ولو لم يكن حقا له لم يرثه كسائر مالا يستحقه

وأما ابن ملجم فقد قيل انه قتله لكفره لانه قتل عليا مستحلا لدمه معتقدا كفره متقربا الى الله تعالى بذلك وقيل قتله لسعيه في الارض بالفساد واظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق اذا قتله وقتله متحتم وهو الى الامام والحسن هو الامام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وان قدرنا انه قتله قصاصا فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض؟

﴿ مسئلة ﴾ (وكل من ورث المال ورث القصاص على حسب ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الارحام)

لانه حق يستحقه الوارث من جهة مورثه فاشبه المال

لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء ، واذا أراد الولي الاستيفاء فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها فان كانت كالة منعها الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول

وقد روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال « إن الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » وان كانت مسمومة منعه الاستيفاء بها لانها تفسد البدن وربما منعت غسله وان عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر وان كان السيف صارماً غير مسموم نظر في الولي فان كان يحسن الاستيفاء ويكمله بالقوة والمعرفة مكنه منه لقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقال عليه السلام (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية » ولانه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا امكنه كسائر الحقوق وان لم يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل لانه عاجز عن استيفاء حقه ، فان ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى حقه وان أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر .وان قال أخطأت وكانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لان هذا مما يجوز الخطأ في مثله . وان كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لان مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم ان أراد العود ففيه وجهان [أحدهما] لا يمكن منه لانه تبين منه انه لا يحسن الاستيفاء ويحتمل العود إلى مثل فعله (والثاني) يمكن منه قاله القاضي لان الظاهر تحرزه

(مسئلة) ومن لا وارث له وليه الامام ان شاء اقتص وان شاء عفا الا ان يفعل من ذلك مايرى فيه المصلحة للمسلمين فان أحب القصاص فله ذلك وان احب العفو الى مال فله ذلك وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا، وهذا قول أصحاب الرأي لانهم لا يرون العفو إلى مال الا برضى الجاني

(فصل) واذا اشترك جماعة في قتل واحد فعفي عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفي عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سوا اتلفه واحد أو جماعة وقال ابن ابي موسى فيه رواية أخرى ان على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه يجب عليه دية عينه وهو دية كاملة والصحيح الاول لان الواجب بدل المتلف ولا يختلف باختلاف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته الفان حرا لم يملك العفو على أكثر من الدية واما القصاص فهو عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الثالث) ان يؤمن في الاستيفاء التعدي الى غير القاتل فلو وجب القصاص على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبأ لا نعلم في ذلك خلافا وسواء كان القصاص في النفس او في الطرف اما في النفس فلقول الله تعالى (فلا يسرف في القتل) وقتل

عن مثل ذلك ثانياً . وان كان الولي لايحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لانه حقه فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه فان لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال

قال بعض أصحابنا يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص لان هذا من المصالح العامة فان لم يحصل ذلك فالاجرة على الجاني لانها اجرة لايفاء الحق الذي عليه فكانت عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويحتمل أن تكون على المقتص لانه وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع والذي على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ولانه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وان قال الجاني أنا أقتص لك من نفسي لم يلزم تمكينه ولم يجز ذلك له لان الله تعالى قال [ولا تقتلوا أنفسكم] ولان معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يجز أن يكون هو المستوفي له كالبائع لا يستوفي من نفسه

(فصل) وان كان القصاص لجماعة من الاولياء وتشاحوا في المتولي منهم للاستيفاء أمروا بتوكيل أحدهم أو واحد من غيرهم ولم يجز أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم فان لم يتفقوا على واحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم لان الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة كما لو تشاحوا في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة أمر الباقون بتوكيله ولا يجوز له الاستيفاء بغير اذنهم لان الحق لهم فلا يجوز استيفاؤه بغير اذنهم . وان لم يتفقوا على توكيل واحد منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

الحامل قتل لغير الحامل فيكون اسرافا وروى ابن ماجة باسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال حدثنا نساء ومعاذ بن جبل وابو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال « اذا قتلت المرأة عمدا لم تقتل حتى تضع مافي بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع مافي بطنها وحتى تكفل ولدها » وهذا نص ولان النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا « ارجعي حتى تضعي ما في بطنك » ثم قال لها « ارجعي حتى ترضعيه » ولان هذا اجماع من أهل العلم لانعلم فيه اختلافا وأما القصاص في الطرف فلاننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية الى الجاني والى زيادة في حقه فلان نمنع منه خشية السراية الى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى ولان في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام واذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لان الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبر ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلان يؤخر لحفظه بعد وضعه اولى الا ان يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرر الاستيفاء منها فيستوفى وان وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء منها لانه يستغنى عنها بلبن المرضعة وكذلك ان كانت مترددة أو نساء يتناوبنه يرضعنه او أمكن أن يسقى من لبن شاة او نحوها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر في اختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة

(مسألة) قال (وان كانت الجراح برئت قبل قتله فعلى المتفوعه ثلاث ديات الا أن يريدوا القود فيقيدوا وأخذوا من ماله ديتين)

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرئت جراحه ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار ان شاء عفا وأخذ ثلاث ديات دية لنفسه ودية ليديه ودية لرجليه وان شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وان أحب قطع أطرافه الأربعة وأخذ دية لنفسه وأن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع رجليه وأخذ ديتين لنفسه ويديه وان أحب قطع طرفا واحداً وأخذ دية الباقي وإن أحب قطع ثلاثة أطراف وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لان حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم في هذا مخالفا

(فصل) فان اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل و كانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين وان اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل عدم مضيها وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لانه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والاصل عدم ذلك فان كانت للجاني بينة ببقاء المجني عيه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته وان كان للولي بينة ببرئه

(مسألة) وحكم الحد في ذلك حكم القصاص لما ذكرنا من الحديث ولانه في معنى القصاص

(مسألة) وان ادعت الحمل ففيه وجهان

(احدهما) تحبس حتى يبين حملها لان للحمل امارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب ان يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته ولانه امر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض (والثاني) انها ترى اهل الخبرة ذكره القاضي فان شهدن بحملها اخرت وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها فان اشكل على القوابل او لم يوجد من يعرف ذلك اخرت حتى يتبين لاننا اذا اسقطنا القصاص من خوف الزيادة فتأخيره أولى

(مسألة) (وان اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها)

وقال أبو الخطاب يجب على السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الاثم ان كانا عالمين أو كان منهما تفريط وان علم أحدهما أو فرط فالاثم عليه فان لم تلق الولد فلا ضمان فيه لاننا لا نعلم وجوده وحياته وان انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش فيه مثله ففيه غرة وان انفصل حيا لوقت يعيش مثله فيه ثم مات من الجناية وجبت ديته وينظر فان كان الامام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامرين أو باحدهما أو كان الولي عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لانه مباشر والحاكم الذي مكنه صاحب سبب فكان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع

حكم له أيضاً . وان تعارضتا قدمت بينة الولي لانها مثبتة للبرء . ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يكن لهما بينة لان الاصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها . وان قطع اطرافه فمات واختلفا هل برأ قبل الموت او مات بسراية الجرح او قال الولي انه مات بسبب آخر كأن لدغ أو ذبح نفسه او ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر كالحكم فيما اذا قتله سواء وأما إذا مات بقتل أوسبب آخر ففيه وجهان [أحدهما] تقديم قول الجاني لان الظاهر بقاء الجناية والاصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه [والثاني] القول قول ولي الجناية لان الاصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد مايزيلهما فان كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحه قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لان الجرح سبب للموت فقد تحقق ، والاصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل ولا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل ، وهذا كله مذهب الشافعي

فان علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لان المباشر معذور فكان الضمان على المسبب كالسيد إذا امر عبده الاعجمي الذي لا يعرف تحريم القتل به وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء وقال القاضي ان كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وان كانا غير عالمين فالضمان على الحاكم لانه الذي يعرف الاحكام والولي انما يرجع إلى حكمه واجتهاده وان كانا جاهلين ففيه وجهان (أحدهما) الضمان على الامام كما لو كانا عالمين (والثاني) على الولي وهومذهب الشافعي وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لانه المباشر والسبب غير ملجيء فكان الضمان عليه كالدافع مع الحافر وكما لو امر من يعلم تحريم القتل به فقتل وقد ذكرنا مايقتضي التفريق وهو اختيار شيخنا

(فصل) قال الشيخ رحمه الله ولا يستوفي القصاص الا بحضرة السلطان وحكاه عن ابي بكر وهو مذهب الشافعي لانه امر يفتقر الى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي فان استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل ان يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس لان رجلا أتى النبي ﷺ برجل يقوده بنسعة فقال ان هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي ﷺ « اذهب فاقتله » رواه مسلم بمعناه ولان اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو اجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب ان يحضر شاهدين لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء

(مسألة) (وعليه تفقد الآلة فان كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول)

وقد روى شداد بن اوس ان رسول الله ﷺ قال « ان الله كتب الاحسان على كل شيء

« مسئلة » قال (ولو رمى وهو مسلم كافرا عبدا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فلا قود وعليه دية حر مسلم إذا مات من سهمه)

هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وقال أبو بكر يجب القود لانه قتل مكافئا له ظلما عمداً فوجب القصاص كما لو كان حراً مسلما حال الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الجناية بدليل مالو رمى مسلما حيا فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات لم يلزمه شيء ، ولو رمى عبداً كافراً فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم فعليه دية حر مسلم ، وقال أبو حنيفة يلزمه في العبد دية عبد لمولاه لان الاصابة ناشئة عن ارسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح . فأما الكافر فمذهبه أن ديته دية المسلم وأنه يقتل به المسلم وكذلك يقتل الحر بالعبد

ولنا على درء القصاص أنه لم يتعمد الى نفس مكافئته له حال الرمي فلم يجب عليه قصاص كما لو رمى حربيا أو مرتداً فأسلم وعلى أبي حنيفة أنه أتلف حراً فضمنه ضمان الاحرار كما لو قصد صيداً وماقاله يبطل بما اذا رمى حيا فأصابه ميتا ، أو صحيحا فأصابه معيبا

ولنا على أن ديته تجب لورثته دون سيده ، انه اذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار ان مات مسلما حراً فكانت ديته لورثته المسلمين كما لو كان كذلك حال رميه ولأن الميراث انما

فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » رواه مسلم ويمنعه من الاستيفاء بآلة مسمومة لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله، فان عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر لفعله مالا يجوز

(مسئلة) (وينظر السلطان في الولي فان كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة والمعرفة مكنه منه)

لقول الله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل)وقال عليه الصلاة والسلام « من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية » ولانه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق ولان المقصود التشفي وتمكينه منه أبلغ في ذلك

(مسئلة) (وان كان الولي لايحسن الاستيفاء امره بالتوكيل)

لانه عاجز عن استيفاء حقه فيوكل من يحسن فان ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فابانه فقد استوفى حقه وان أصاب غيره واقر بتعمد ذلك عزر فان قال اخطأت وكانت الضربة قريبا من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لان هذا مما يجوز الخطأ في مثله وان كان بعيداً كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لان مثل هذا لا يقع الخطأ فيه ثم ان أراد العود ففيه وجهان (أحدهما) لايمكن منه لانه ظهر منه انه لايحسن الاستيفاء ويحتمل ان يعود الى مثل فعله (والثاني) يمكن منه قاله القاضي لان الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانيا

يستحق بالموت فتعتبر حاله حينئذ لا حين سبب الموت بدليل مالو مرض وهو عبد كافر ثم أسلم ومات بتلك العلة والواجب بدل المحل فيعتبر بالمحل الذي فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس حر مسلم والقصاص جزاء الفعل فيعتبر الفعل فيه والاصابة معا لانهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله

(فصل) ولم يفرق الخرقي بين كون الكافر ذميا أو غيره الا أنه يتعين التفريق فيه فمتى رمى الى حربي في دار الحرب فأسلم قبل وقوع الرمية به فلا دية له وفيه الكفارة لانه رمي مندوب اليه مأمور به فأشبه مالو قتله في دار الحرب يظنه حربيا وكان قد أسلم وكتم اسلامه وفيه رواية أخرى أن فيه الدية على عاقلة القاتل لانه نوع خطأ فكذلك ههنا ولو رمى مرتداً في دار الاسلام فأسلم ثم وقع السهم به ضمنه لانه مفرط بارسال سهمه عليه لان قتل المرتد الى الامام لا الى آحاد الناس وقتله بالسيف لا بالسهم.

[فصل] ولو رمى حربيا فتترس بمسلم فأصابه فقتله نظرنا فان كان تترس به بعد الرمي ففيه الكفارة وفي الدية على عاقلة الرامي روايتان كالتي قبلها وإن تترس به قبل الرمي لم يجز رميه الا أن يخاف على المسلمين فيرمي الكافر ولا يقصد المسلم فاذا قتله ففي ديته أيضا روايتان وان رماه من غير خوف على المسلم فقتله فعليه ديته لانه لم يجز له رميه

(فصل) ولو قطع يد عبد ثم أعتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان (أحدهما) الواجب

(مسئلة) (فان احتاج الوكيل الى اجرة فمن مال الجاني فقد قيل يؤخذ العوض من بيت المال)

قال بعض أصحابنا يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص لان هذا من مصالح العامة فان لم يحصل ذلك فالاجرة على الجاني لانها اجرة لايفاء الحق الذي عليه فكانت الاجرة عليه كاجرة الكيال في بيع المكيل ويحتمل ان تكون على المقتص لانه وكيله فكانت الاجرة على موكله كسائر المواضع والذي على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد ان يقتص من نفسه لم يمكن منه ولانه لو كانت عليه أجرة الوكيل لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه وان قال الجاني انا اقتص لك من نفسي لم يلزم تمكينه ولم يجز له ذلك قال الله تعالى (ولا تقتلوا انفسكم) ولان معنى القصاص ان يفعل به كما فعل ولان القصاص حق عليه لغيره فلم يكن هو المستوفي له كالبائع لايستوفي من نفسه

(مسئلة) (والولي مخير بين الاستيفاء بنفسه ان كان يحسن وبين التوكيل)

لان الحق له فيتصرف فيه على حسب اختياره كسائر الحقوق وقيل ليس له ان يستوفي في الطرف بنفسه بحال لانه لا يؤمن ان يجني عليه بما لا يمكن تلافيه وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن منه كالقصاص في النفس

(مسئلة) (وان تشاح اولياء المقتول في الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة)

إذا تشاح الاولياء في التولي للاستيفاء امروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم ولم يجز ان يتولاه

دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الامرين من ديته أو ارش جنايته اعتباراً بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة العبد بالغة مابلغت مصروفة إلى السيد اعتباراً بحال الجناية لانها الموجب للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي أسلم بدية ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح لان الدية لاتخلو من أن تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فان كانت له وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذي كسبه بعد جرحه وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هم المسلمون دون الكفار .

(فصل) وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت قيمته بكمالها للسيد وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لانه انما استقر بالاندمال ما وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده ، وإن مات من سراية الجرح فكذلك في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لان الجناية يراعى فيها حال وجودها . وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقأ عيني عبد ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقي أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لان اعتبار الجناية بحالة الاستقرار وقد ذكرناه وتصرف الى السيد لانه استحق أقل الامرين من ديته أو ارش الجرح والدية ههنا أقل الامرين وما ذكروه ينتقض بما اذا قطع يديه ورجليه فمات بسراية الجرح فان الواجب دية النفس لادية الجرح

جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني وتعدد أفعالهم فان لم يتفقوا على أحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع بينهم لان الحقوق اذا تساوت وعدم الترجيح صرنا الى القرعة كما لو تشاحوا في تزويج مولاتهم فمن خرجت له القرعة امر الباقون بتوكيله ولايجوز له الاستيفاء بغير اذنهم فان لم يتفقوا على التوكيل منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا

(فصل) قال رحمه الله ولا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف في احدى الروايتين والاخرى يفعل به كما فعل فلو قطع يديه ثم قتله فعل به كذلك وان قتله بحجر أو غرقه أو غير ذلك فعل به مثل فعله وان قطع يده من مفصل أو غيره أو أوضحه فمات فعل به كفعله فان مات وإلا ضربت عنقه وقال القاضي يقتل ولا يزاد على ذلك رواية واحدة وجملة ذلك ان الرجل إذا جرح رجلا ثم ضرب عنقه فالكلام في المسئلة في حالين أحدهما ان يختار الولي القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء فروي عنه لايستوفى إلا بالسيف في العنق وبه قال عطاء والثوري وأبو يوسف ومحمد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لاقود إلا بالسيف » رواه ابن ماجه ولان القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فانه لو صار الامر الى الدية لم يجب الا دية النفس ولان القصد من القصاص في النفس تعطيل واتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعذيبه باتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فانه لايقتل بمثله (والرواية الثانية) عن أحمد أنه قال إنه لاهل ان يفعل به كما فعل

(فصل) وإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لانها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو مانقصه القطع لسيده ويجب القصاص في الرجل التي قطعها حال حريته أو نصف الدية ان عفا عن القصاص لورثته، وان اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيده وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته، وان اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيده منها أقل الامرين من ارش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيده اعتباراً بحال جنايته، وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لانه مات من جرحين موجب وغير موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين عمداً وخطأ ولكن يجب القصاص في الرجل لانه قطعها من حر فان اقتص منه وجب نصف الدية لانه مات من جنايته وقد استوفى منه مايقابل نصف الدية وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو نصف الدية، فان زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة وان عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضاً نصف الدية، وان كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة لسيده وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية وان سرى الجرحان الى نفسه فلا قصاص على الاول لانه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لان المجني عليه حر

يعني ان المستوفي ان يقطع أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأبي ثور لقول الله تعالى (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقوله سبحانه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولان النبي ﷺ رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الانصار بين حجرين ولان الله تعالى قال (والعين بالعين) وهذا قد قلع عينه فيجب ان يقلع عينه للآية وروي عن النبي ﷺ أنه قال «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» ولان القصاص موضوع على المماثلة ولفظه مشعر به فيجب ان يستوفى منه مثل مافعل كما لوضرب العنق آخر غيره فاما حديث «لاقود الا بالسيف» فقال أحمد ليس اسناده بجيد (الحال الثاني) أن يصير الامر الى الدية اما بعفو الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أوغير ذلك فالواجب دية واحدة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب دية الاطراف المقطوعة ودية النفس لانه لما قطع سراية الجرح بقتله صار كالمستقر فاشبه ما لو قتله غيره

ولنا انه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل ارش الجراحة في ارش النفس كما لو سرت الى نفسه والقصاص في الاطراف لايجب على احدى الروايتين وان وجب فان القصاص لا يشبه الدية لان سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

في حال قرار الجناية وعلى الثاني القصاص في النفس اذا كان عمد القطع لانه شارك في القتل عمداً عدواناً فهو كشريك الاب،ويتخرج أن لاقصاص عليه في النفس لان الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناءً على شريك الاب،وان عفا عنه الى الدية فعليه نصف دية حر وان قلنا بوجوب القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان ، وان قلنا لا تجب في النفس وجب في الرجل

(فصل) وان قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الاول سواء اندمل جرحه او سرى وأما الآخران فعليهما القود في الطرفين ان وقف قطعهما او ديتهما ان عفا عنهما وان سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص في النفس لان جنايتهما صارت نفسا وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف وقد ذكرناه،وان عفا عنهما فعليهم الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان

(أحدهما) أقل الامرين من نصف القيمة أو ثلث الدية هذا قياس قول ابي بكر لانه بالقطع استحق نصف القيمة فاذا صارت نفساً وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الامرين

(والثاني) له أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لان الجناية اذا صارت نفسا كان الاعتبار بما آلت اليه ، ألا ترى انه لوجنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الاول الا ثلث القيمة فلا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم

(فصل) وإذا قلنا للولي أن يستوفي مثل مافعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وان قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله جاز لانه تارك بعض حقه وان قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك لان جميع مافعل به لم يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية ، فان فعل فله مابقي من الدية فان لم يبق منها شيء فلا شيء له وان قلنا ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفى بمثل مافعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لان فعل الجاني في الاطراف لم يوجب شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي وان قطع طرفا واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا تمامها وان قطع مايجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه مازاد على الدية لانه لا يستحق أكثر من الدية وقد فعل مايوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه،واحتمل أن لا يلزمه شيء فاذا ترك قتله وعفا عنه فأولى أن لا يلزمه شيء ولانه فعل بعض مافعل موليه فلم يلزمه شيء لانه لو قتله لم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل مافعل به

(فصل) فان قطع يديه أو رجليه أو جرحه جرحا يوجب القصاص اذا انفرد فسرى إلى النفس فله القصاص في النفس،وهل له أن يستوفي القطع قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة (إحداهما) ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبي حنيفة ، لان ذلك يفضي إلى الزيادة على جناية الاول والقصاص يعتمد المماثلة فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده

مات فانه يكون للاول ثلث القيمة ، وان كان ارش الجناية نصف القيمة فاذا قلنا بالوجه الاول فلو كان الاول قطع أصبعيه او هشمه والجانيان في الحرية قطعا يده فالدية عليهم أثلاثا للسيد منها أقل الامرين من ارش الاصبع وهو عشر القيمة او ثلث الدية، ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه والجانيان في الحرية قطعا رجليه وجبت الدية أثلاثا و كان للسيد منها أقل الامرين من جميع قيمته او ثلث الدية وعلى الوجه الآخر يكون له في الموضعين أقل الامرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية

(فصل) فان كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحرية فمات فعليهم الدية وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الامرين من ارش الجنايتين أو ثلثي الدية وعلى الآخر أقل الامرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية

(فصل) وان كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحرية ومات كان للسيد في أحد الوجهين الأقل من ارش الجناية أو ربع الدية وعلى الآخر الأقل من ربع القيمة أو ربع الدية . وان كان الثلاثة في الرق والواحد في الحرية كان للسيد أقل الأمرين من ارش الجنايات وثلاثة أرباع الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع الدية ، ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحرية فالدية عليهم وللسيد فيها بحساب ماذكرنا على اختلاف الوجهين

(فصل) فان قطع يده ثم أعتق فقطع آخر رجله ثم عاد الاول فقتله بعد الاندمال فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد وعلى الآخر القصاص للورثة في الرجل أو نصف الدية ، فان كان قبل

من نصف الذراع (والثانية) يجب القصاص في الطرف فان مات وإلا ضربت عنقه، وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسئلة ، وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتص منه في الطرف رواية واحدة وانه لا يصح تخرجه على الروايتين في المسئلة لافضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسئلة ، قال شيخنا والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لان فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه مالو قطعه ثم قتله ، ولان زيادة الفعل في الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله بضربة فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا بضربتين .

(فصل) فان جرحه جرحا لاقصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به كالجائفة أو قطع اليد من نصف الذراع أو الرجل من نصف الساق فمات منه أو قطع يداً ناقصة الاصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في المذهب أنه ليس له فعل ما فعل ولا يقتص إلا بالسيف في العنق ذكره أبو بكر والقاضي ، وقال غيرهما فيه رواية أخرى أن له أن يقتص بمثل فعله لانه صار قتلا فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رض رأسه بحجر فقتله به، والصحيح الاول لان هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لو قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يقطع يساره، وفارق ما إذا رض رأسه فمات لان ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قطع وقتل والقطع لا يوجب قصاصاً فبقي مجرد القتل فاذا

الاندمال فعلى الجاني الاول القصاص في النفس دون اليد لانه قطعها في رقه، فان اختار الورثة القصاص في النفس سقط حق السيد لانه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وارش الطرف قبل الاندمال فان الطرف داخل في النفس في الارش. وان اختاروا العفو فعليه الدية دون ارش الطرف لان ارش الطرف يدخل في النفس وللسيد أقل الامرين من نصف القيمة أو ارش الطرف والباقي للورثة، وأما الثاني فعليه نصف القصاص في الرجل لان القتل قطع سرايتها فصار كما لو اندملت فان عفا عنه فعليه القصاص في النفس وهل يقطع طرفه؟ على روايتين. فان عفا الورثة فعليه دية واحدة وأما الاول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه. وان كان القاتل ثالثا فقد استقر القطعان ويكون على الاول نصف القيمة لسيده وعلى الثاني القصاص في الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية

[فصل] وإذا قطع رجل يد عبده ثم أعتقه ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا ضمان لانه انما قطع يد عبده وانما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح، وان مات بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه لان الجناية كانت على مملوكه وفي وجوب الضمان وجهان [أحدهما] لا يجب شيء لانه مات بسراية جرح غير مضمون أشبه مالو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا فيكون قاتلا لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه [والثاني] يضمنه بما زاد على ارش القطع

جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه فيكون حراماً وسواء في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبه وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس

(فصل) فأما ان قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قطع العين ولا عين له فمات المجني عليه فانه يقتل بالسيف في العنق ولا قصاص في طرفه لا أعلم فيه خلافا ، لان القصاص إنما يكون في مثل العضو المتلف وهو ههنا معدوم ولان القصاص فعل مثل فعل الجاني ولا سبيل اليه ولانه لو قطع ثم عفا عن القتل لصار مستوفياً رجلا ممن لم يقطع له مثلها وهذا غير جائز

(فصل) وان قتله بغير السيف مثل ان قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل يستوفى القصاص بمثل مافعله على روايتين (إحداهما) يستوفى وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يستوفى إلا بالسيف في العنق ، وهو مذهب أبي حنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده او جرحه فمات ووجه الروايتين ما تقدم في اول المسئلة ولان هذا لا يؤمن معه الزيادة على مافعله القاتل فلا يجب القصاص بمثل آلته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو مسمومة أو بالسيف فانه لا يستوفى بمثله ولان هذا لا يقتل به المرتد فلا يستوفى به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو السحر ولا تفريع على هذه الرواية، فأما على الرواية الاخرى فانه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله بالسيف ، وهذا أحد قولي الشافعي (والقول الثاني) أنه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت به لانه قتله بذلك فله قتله بمثله

من الدية لانه مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن كما لو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط ارش القطع لانه في ملكه ويجب الزائد لورثته فان لم يكن له وارث سواه وجب لبيت المال ولا يرث السيد شيئاً لان القاتل لا يرث

﴿مسألة﴾ قال (واذا قتل رجل اثنين واحداً بعد واحد فاتفق أولياء الجميع على القود أقيد لهما وان أراد ولي الاول القود والثاني الدية أقيد للاول وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله . وكذلك إن أراد أولياء الاول الدية والثاني القود)

وجملة ذلك انه اذا قتل اثنين فاتفق أولياؤهما على قتله بهما قتل بهما وان أراد أحدهما القود والآخر الدية قتل لمن أراد القود وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله سواء كان المختار للقود الثاني أو الاول وسواء قتلها دفعة واحدة أو دفعتين فان بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان . وقال ابوحنيفة ومالك يقتل بالجماعة ليس لهم الا ذلك فان طلب بعضهم الدية فليس له، وان بادر أحدهم فقتل سقط حق الباقين لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد

ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحا أو قطع منه طرفاً فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فانه لا يكرر عليه الجرح بغير خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه

(مسألة) (فان قتله بمحرم في نفسه كتجريع الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف رواية واحدة)

اذا قتله بما يحرم لعينه كتجريع الخمر واللواط أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا ويقتل بالسيف ، وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريع الخمر وجهاً أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت) .

ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله بالسحر وان حرقه فقال بعض أصحابنا لا يحرق لان التحريق محرم لحق الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يعذب بالنار الا رب النار » وهذا داخل في عموم الخبر وهذا مذهب أبي حنيفة وقال القاضي الصحيح أن فيه روايتين كالتغريق (احداهما) يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن عازب قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه وحملوا الحديث الاول على غير القصاص

(مسألة) (ولا يجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من أطرافه فان فعل فلا قصاص فيه وتجب فيه ديته سواء عفا عنه أو قتله)

اذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع المقتص أطرافه أو بعضها

وقال الشافعي لا يقتل إلا بواحد سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا لانه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق

ولنا على أبي حنيفة قول النبي ﷺ « فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين :إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل » فظاهر هذا ان أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فاذا اتفقوا على القتل وجب لهم وان اختار بعضهم الدية وجب له بظاهر الخبر. ولأنهما جنايتان لا يتداخلان اذا كانتا خطأ أو أحدهما فلم يتداخلا في العمد كالجنايات على الاطراف وقد سلموها

ولنا على الشافعي انه محل تعلق به حقان لا يتسع لهما معاً رضى المستحقان به عنهما فيكتفى به كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي باخذه عنهما، ولانهما رضيا بدون حقهما فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء أو ولي الحر بالعبد وولي المسلم بالكافر ،وفارق ما إذا كان القتل خطأ فان الجناية تجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة، وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح فان الجماعة قتلوا بالواحد لئلا يؤدي الاشتراك الى اسقاط القصاص تغليظا للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسئلتنا ينعكس هذا فانه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد وان قتل الثاني والثالث لا يزداد به عليه حق بادر إلى قتل من يريد قتله وفعل ما يشتهي فعله فيصير هذا كاسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية

نظرنا فان عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما أتلف بديته وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو قتله لانه قطع طرفاً من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو قطع أصبعا من يد استحق قطعها

ولنا أنه قطع طرفا له قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبي ،فأما ان قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه أيضاً لانه يضمنه اذا عفا عنه فكذلك اذا لم يعف لان العفو احسان فلا يكون موجباً للضمان واحتمل أن لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لانه لو قطع متعديا ثم قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه اذا كان القتل مستحقاً أولى، فأما القصاص فلا يجب في الطرف بحال ولا نعلم فيه خلافاً ، لأن القصاص عقوبة تدرأ بالشبهات والشبهة ههنا متحققه لانه مستحق لاتلاف هذا الطرف ضمناً لاستحقاقه اتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل امتناعه لعدم المكافأة ، فأما ان كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى وان قطع طرفاً غير الذي قطعه الجاني كان الجاني قطع يده فقطع المستوفى رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده لاستواء ديتهما واحتمل أن تلزمه دية الرجل لان الجاني لم يقطعها فأشبه ما لو لم يقطع يده .

(فصل) فأما ان كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف مثل أن يستحق قطع أصبع فقطع اثنتين

[فصل] وان طلب كل ولي قتله بوليه مستقلا من غير مشاركة قدم الاول لان حقه أسبق ولان المحل صار مستحقاً له بالقتل الاول فان عفا ولي الاول فلولي الثاني قتله وإن طالب ولي الثاني قبل طلب الاول بعث الحاكم الى ولي الاول فأعلمه وإن بادر الثاني فقتله أساء وسقط حق الاول الى الدية وان كان ولي الاول غائباً اوصغيراً أو مجنوناً انتظروإن عفا أولياء الجميع الى الديات فلهم ذلك وان قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفى أقرع بينهم فقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم وان بادر غيره فقتله استوفى حقه ويسقط حق الباقين الى الدية وإن قتلهم متفرقا وأشكل الأول أو ادعى كل ولي أنه الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم باقراره وان لم يقر أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم .

(فصل) وان قطع يمني رجلين فالحكم فيه كالحكم في الانفس على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف إلا أن اصحاب الرأي قالوا يقاد لهما جميعا ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين وهذا لا يصح لانه يفضي الى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ولم يرد الشرع به ولا له نظير يقاس عليه

(فصل) وان قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع الى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما فاذا تشاحا في المستوفى للقتل قتل بالذي قتله لان وجوب القتل عليه أسبق فان القتل بالذي قطعه

فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمداً من مفصل أو شجة يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة وإن كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفى هاشمة فعليه ارش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لانه حصل بفعل الجاني،فان اختلفا هل فعله عمداً أو خطأ ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لان هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بمقصده ، وإن قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك فالقول قول المقتص منه لانه منكر فان سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة الى نفس المقتص منه أو الى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى الى جميع يده أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط أو برد شديد فسرى فقال القاضي على المقتص نصف الدية لانه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليها نصفين كما لو جرحه جرحا في ردته وجرحاً بعد اسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي . قال شيخنا : ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة لان الفعل كله محرم بخلاف قطع الاصبعين

(فصل)فأما إن قطع بعض أعضائه ثم قتله بعد أن برأت الجراح مثل من قطع يديه ورجليه فبرأت جراحته ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتيل الخيار ان شاء عفا وأخذ ثلاث ديات لنفسه ويديه ورجليه لكل واحد دية وان شاء قتله قصاصاً بالقتل وأخذ ديتين لاطرافه ، وإن أحب قطع أطرافه

إنما وجب عند السراية وهي متأخرة عن قتل الآخر، وأما القطع فان قلنا إنه يستوفى منه مثل مافعل فانه يقطع له أولا ثم يقتل للذي قتله ويجب للاول نصف الدية وان قلنا لايستوفي القطع وجبت له الدية كاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال لأن القطع إنما يدخل في القتل عند استيفاء القتل فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجوب مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسر، ولو كان قطع اليد لم يسر إلى النفس فانه تقطع يده أولا ثم يقتل، وسواء تقدم القطع أو تأخر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال مالك يقتل ولا يقطع لانه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع فأشبه مالو كانا لواحد.

ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم يتداخلا كقطع يدي رجلين، وما ذكره من القياس غير صحيح لانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ومن نوافقه على هذا في رواية فقد حصل الاجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل في الاصل فكيف نقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه فنقول قطع وقتل فيستوفى منه مثل مافعل كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه فانه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

(فصل) وإن قطع أصبعاً من يمين رجل ويميناً لآخر وكان قطع الأصبع أسبق قطعت أصبعه

الاربعة وأخذ دية نفسه، وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه، وان أحب قطع طرفا واحدا وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لان حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنبي ولا نعلم خلافا في هذا

(فصل) فان اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين، وان اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل عدم مضيها، وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لانه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والاصل عدم ذلك، فان كانت للجاني بينة ببقاء المجني عليه ضمنا حتى قتله حكم له ببينته، وان كانت للولي ببرئه حكم له أيضا فان تعارضتا قدمت بينة الولي لانها مثبتة للبرء ويحتمل أن يكون القول قول الجاني اذا لم يكن لهما بينة لان الاصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها، وان قطع أطرافه فمات واختلفا هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال الولي انه مات بسبب آخر كأن لدغ أو ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما اذا مات بغير سبب كالحكم فيما اذا قتله سواء، وأما اذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان

(أحدهما) تقديم قول الجاني لان الظاهر بقاء الجناية والاصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه

(والثاني) القول قول ولي الجناية لان الاصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد مايزيلهما

قصاصاً وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية الأصبع ذكره القاضي وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه وجد بعض حقه فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثليا لرجل فوجد بعض المثل وقال أبو بكر يخير بين القصاص ولا شيء له معه وبين الدية هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة لانه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الاصبع قطعت يمينه قصاصا ولصاحب الاصبع ارشها ويفارق هذا ما اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها وأن ديتهما واحدة ونقص الاصبع يمنع التكافؤ في اليد بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الأصبع لصاحبها إن اختار قطعها

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف اقتص منه)

وجملة ذلك أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح إذا أمكن للنص والاجماع أما النص فقول الله تعالى (والجروح قصاص) وروى أنس بن مالك أن الربيع بنت النضر بن أنس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا إلا القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها فقال النبي ﷺ « يا أنس كتاب الله القصاص »

فان كانت دعواهما بالعكس فقال الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحته قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لان الجرح سبب للموت وقد تحقق والاصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح مما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل او لا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) فان قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شيء لهم سواه

وجملة ذلك أنه اذا قتل واحد اثنين أو أكثر فاتفق أولياؤهم على قتله بهم قتل لهم لان الحق لهم وقد رضوا به ولا شيء لهم سواه لان الحق لا يتسع لاكثر من واحد فان أراد أحدهم القود والآخرون الدية قتل لمن اختار القود وأعطي الباقون دية قتلاهم من مال القاتل سواء كان المختار للقود الاول أو الثاني أو من بعده وسواء قتلهم دفعة واحدة أو دفعتين أو دفعات فان بادر أحدهم فقتله وجب للباقين دية قتلاهم في ماله أيهم كان وقال أبو حنيفة ومالك يقتل بالجماعة وليس لهم إلا ذلك فان طلب بعضهم الدية فليس له وان بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقين لان الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد وقال الشافعي لا يقتل الا بواحد سواء

قال فعفا القوم فقال النبي ﷺ « إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » متفق عليه وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ولان ما دون النفس كالنفس في الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه

(فصل) ويشترط لوجوب القصاص في الجروح ثلاثة أشياء:

(أحدها) أن يكون عمداً محضاً فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعا ولأن الخطأ لا يوجب القصاص في النفس وهي الاصل ففيما دونها أولى ولا يجب بعمد الخطأ وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالبا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لانه شبه العمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية

(الثاني) التكافؤ بين الجارح والمجروح وهو أن يكون الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله كالحر المسلم مع الحر المسلم فأما من لا يقتل بقتله فلا يقتص منه فيما دون النفس له كالمسلم مع الكافر والحر مع العبد والأب مع ابنه لأنه لا تأخذ نفسه بنفسه فلا يؤخذ طرفه بطرفه ولا يجرح بجرحه كالمسلم مع المستأمن .

(الثالث) امكان الاستيفاء من غير حيف ولا زيادة لان الله تعالى قال (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) وقال (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولان دم الجاني

اتفقوا على الطلب للقصاص أو لم يتفقوا لانه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق

ولنا على أبي حنيفة قول النبي ﷺ « فمن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا العقد » فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فاذا اتفقوا على القتل وجب لهم وان اختار بعضهم الدية وجبت له بظاهر الخبر ولانهما جنايتان لا تتداخلان اذا كانتا خطأ أو إحداهما فلم تتداخل في العمد كالجناية على الاطراف وقد سلموها

ولنا على الشافعي انه محل تعلقت به حقوق لا يتسع لها مع رضى المستحقين به عنها فيكتفي به كما لو قتل عبد عبيداً خطأ فرضي سيدهم باخذه عنهم ولانهم رضوا بدون حقهم فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء وولي الحر بالعبد والمسلم بالكافر وفارق ما اذا كان القتل خطأ فان ارش الجناية يجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة وما ذكره أبو حنيفة ومالك فلا يصح لان الجماعة انما قتلوا بالواحد لئلا يؤدي الاشتراك الى اسقاط القصاص تغليظا للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسئلتنا ينعكس هذا فانه اذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ولا يزاد بقتل الثاني والثالث بادر الى قتل من يريد قتله فيصير هذا كاسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية

(مسئلة) (وان تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال اقيد للاول)

معصوم إلا في قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها ومن ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص لانها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه وهذا لاخلاف فيه نعلمه.

وممن منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه في العظام عمر بن عبد العزيز وعطاء والنخعي والزهري والحكم وابن شبرمة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. إذا ثبت هذا فان الجرح الذي يمكن استيفاؤه من غير زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظم كالموضحة في الرأس والوجه ولا نعلم في جواز القصاص في الموضحة خلافا وهي كل جرح ينتهي إلى العظم في الرأس والوجه وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي. وقال بعض أصحابه: لاقصاص فيها لانه لا يقدر فيها وليس بصحيح لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولانه أمكن استيفاؤها بغير حيف ولازيادة لانتهائها إلى عظم فهي كالموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعاً وانما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر مافوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه وكذلك الجائفة ارشها مقدر لا قصاص فيه

لان حقه أسبق ولان المحل صار مستحقا له بالقتل الاول فان عفى ولي الاول فلولي الثاني قتله وان طالب ولي الثاني قبل طلب الاول بعث الحاكم الى ولي الاول فأعلمه، وان بادر الثاني فقتله فقد أساء وسقط حق الاول إلى الدية فان كان ولي الاول غائبا أو صغيراً أو مجنونا انتظر، وإن عفى أولياء الجميع إلى الديات فلهم ذلك فان قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفي اقرع بينهم فيقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم فان بادر غيره فقتله استوفى حقه وسقط حق الباقين الى الدية فان قتلهم متفرقا وأشكل الاول وادعى ولي كل واحد أنه الاول ولا بينة لهم فأقر القاتل لاحدهم قدم باقراره والا أقرعنا بينهم لاستواء حقوقهم

﴿مسئلة﴾ (وإن قتل وقطع طرفاً قطع طرفه أولا ثم قتل لولي المقتول سواء تقدم القتل أو تأخر) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يقتل ولا يقطع لانه إذا قتل تلف الطرف فلا فائدة في القطع فأشبه ما لو كان لواحد

ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم تتداخلا كقطع يدي رجلين وما ذكره من القياس لا يصح فانه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل ونحن نوافقه على هذا في رواية فقد حصل الاجماع منا ومنه على انتفاء التداخل في الاصل فكيف نقيس عليه؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه فنقول قطع وقتل فيستوفى منه مثل ما فعل كما لو فعله برجل واحد بقصد المثلة ويثبت الحكم في محل

(فصل) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها لان القتل انما استوفي بالسيف لانه آلته وليس ثمة شيء يخشى التعدي اليه فيجب أن يستوفى مادون النفس بآلته ويتوقى مايخشى منه الزيادة الى محل لايجوز استيفاؤه ولاننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فان كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي في ذلك الا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه فان لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة ، وان كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام احمد انه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه اذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لايمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه الا نائب الامام أو من يستنيبه ولي الجناية وهذا مذهب الشافعي لانه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفي الحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بان يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي

(فصل) وإذا اراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر حلقه ونعمد الى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم منه طولها بخشبة أوخيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بخط بسواد أوغيره ، يأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشامة ويجرها الى آخرها ويأخذ مثل الشجة طولا وعرضا ولا يراعى العمق لان حده العظم ولو روعي العمق لتعذر الاستيفاء

النزاع بطريق التنبيه فانه اذا لم يتداخل حق الواحد فحق الاثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى

(فصل) فاما ان قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع الى نفس المقطوع فمات فهو قاتل لهما فاذا تشاحا في المستوفي لقتل قتل بالذي قتله لان وجوب القتل عليه به أسبق فان القتل بالذي قطعه انما وجب عند السراية وهي متأخرة عن قتل الآخر وأما القطع فان قلنا انه يستوفي منه مثل مافعل فانه يقطع له أولا ثم يقتل للذي قتله ويجب للاول نصف الدية وان قلنا لايستوفي القطع وجبت له الدية كاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على كل حال لان القطع انما يدخل في القتل عند استيفاء القتل فاذا تعذر استيفاء القتل وجب استيفاء الطرف لوجود مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو لم يسرف

(فصل) وان قطع أصبعاً من يمين لرجل ويميناً لآخر وكان قطع الاصبع أسبق قطعت أصبعه قصاصاً وخير الآخر بين العفو الى الدية وبين القصاص وأخذ دية الاصبع ، ذكره القاضي وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لانه وجد بعض حقه فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثلياً لرجل فوجد بعض المثل وقال أبو بكر يتخير بين القصاص ولا شيء له معه وبين الدية هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة لانه لايجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس ، وإن كان قطع اليد سابقاً على قطع الاصبع قطعت يمينه قصاصاً ولصاحب الاصبع ارشها ويفارق هذا ما اذا قتل رجلا ثم قطع يد آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره لان قطع اليد لايمنع التكافؤ في النفس

لان الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى في الطرف مثله وان اختلفا في الصغر والكبر والدقة والغلظ ويراعى الطول والعرض لانه ممكن فان كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة، وان كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت ان استوعب رأس الشاج كله وهي بعض رأس المشجوج لانه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضحها من رأس الجاني لان الجميع رأسه وان كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فانه يستوفي الشجة من جميع رأس الشاج ولايجوز أن ينزل الى جبهته لانه يقتص في عضو آخر غير العضو الذي جنى عليه وكذلك لاينزل الى قفاه لما ذكرناه ولايستوفي بقية الشجة في موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفيا لموضحتين وواضعا للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فيماذا يصنع فذكر القاضي أن ظاهر كلام أبي بكر أنه لا ارش له فيما بقي كيلا يجتمع قصاص ودية في جرح واحد ، وهذا مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو الى دية موضحة وقال أبو عبدالله بن حامد وبعض أصحابنا له أرش ما بقي وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع فعلى هذا تقدر شجة الجاني من الشجة في رأس المجني عليه ويستوفي ارش الباقي فان كانت بقدر ثلثها فله ثلث أرش موضحة وان زادت أو نقصت عن هذا فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة

بدليل انا نأخذ كامل الاطراف بناقصها فان ديتهما واحدة وبعض الاصبع يمنع التكافؤ في اليد بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما، وإن عفا صاحب اليد قطعت الاصبع لصاحبها إن اختار قطعها

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قطع أيدي جماعة فحكمهم حكم القتل على ماذكرنا من التفصيل والاختلاف) إلا أن أصحاب الرأي قالوا اذا قطع يمني رجلين يقاد لهما جميعاً ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين وهذا لا يصح لانه يفضي الى ايجاب القود في بعض العضو والدية في بعضه والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ولم يرد الشرع به ولا نظير له يقاس عليه

باب العفو عن القصاص

أجمع أهل العلم على اجازة العفو عن القصاص وانه أفضل والأصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في سياق قوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية إلى قوله (فمن تصدق به فهو كفارة له) قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني بعفو صاحب الحق عنه وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته .

وأما السنة فان أنس بن مالك قال مارأيت رسول الله ﷺ رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر

كاملة لئلا يفضي إلى ايجاب القصاص ودية موضحة في موضحة واحدة فان أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحته من أي الطرفين شاء لانه جنى عليه في ذلك الموضع كله واذا استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر فاذا اندملت موضحته استوفي منه القصاص في موضع الاندمال لانه موضع الجناية وان ادعى الخطأ فالقول قوله لانه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة فان قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانا لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة؟ قلنا لان المستوفى لم يكن جناية انما الجناية الزائد والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كانت كلها عدواناً فان الجميع جناية واحدة

[فصل] وإذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأحب أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره احتمل أن يمنع منه لانه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة واحتمل الجواز لانه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها إلا أن يقول أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أوشين فلا يفعل ولاصحاب الشافعي كهذين فان كان رأس المجني عليه أكبر فاوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر

فيه بالعفو رواه أبو داود، وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم

﴿ مسئلة ﴾ (والواجب بقتل العمد أحد شيئين القصاص أو الدية في ظاهر المذهب والخيرة في ذلك الى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا الى غير شيء والعفو أفضل لما ذكرنا)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في موجب العمد فروي عنه ان موجبه القصاص عينا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل عمداً فهو قود » ولقوله سبحانه (كتب عليكم القصاص) والمكتوب لا يتخير فيه ولانه متلف يجب به البدل فكان معيناً كسائر أبدال المتلفات وبه قال النخعي ومالك وأبو حنيفة، قالوا ليس للاولياء إلا القتل إلا أن يصطلحا على الدية برضى الجاني، والمشهور في المذهب ان الواجب أحد شيئين وان الخيرة في ذلك الى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء قتل البعض اذا كان القاتلون جماعة لان كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لانهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما باسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا، ومتى اختار الاولياء أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة فان لهم هذا متى رضي الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين وعطاء ومجاهد والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وهي رواية عن مالك لقول الله تعالى (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء

موضحته ولا أرش لذلك وجها واحداً لانه ترك الاستيفاء مع امكانه وان عفا الى الارش فلهارش موضحتين وان شاء اقتص من أحدهما وأخذ دية الاخرى

[فصل] وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه فكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد وان كانت في الساق لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ لانه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس الى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس

(فصل) وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضاً شجة لا يتسع لها مثل ذلك الموضع من رأس الشاج فاراد ان يستوفي من وسط الرأس فيما بين الاذنين لكونه يتسع لمثل تلك الموضحة ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجزه الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل شجته ، واحتمل أن يجوز لان الرأس عضو واحد فاذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز اتمام استيفائها في مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد وإن امكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجها واحداً

اليه باحسان) قال ابن عباس كان في بني اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كتب عليكم القصاص في القتلى) الاية ، (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) والعفو أن يقبل في العمد الدية فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بمعروف ويؤدي اليه المطلوب باحسان (ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) مما كتب على من قبلكم رواه البخاري ، وروى أبو هريرة قال قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى و إما أن يقاد» متفق عليه . وروى أبو شريح ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » رواه أبو داود وغيره ولان القتل المضمون اذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال كما لو عفا بعض الورثة ويخالف سائر المتلفات لان بدلها يجب من جنسها وههنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فاذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك لانه أسقط بعض حقه، ولان القاتل أمكنه احياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ماذكروه بما اذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما ، وأما الخبر الذي ذكروه فالمراد به وجوب القود ونحن نقول به وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا موجبه القصاص فله العفو الى الدية والعفو مطلقا فاذا عفا مطلقا لم يجب شيء وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لانه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه فمتى عفا عن القصاص مطلقاً الى غير مال لم يجب شيء اذا قلنا الواجب القصاص عيناً ، فان عفا عن الدية لم يصح عفوه لانها لم تجب وإن قلنا الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن

(مسألة) قال (وكذلك اذا قطع منه طرفا من مفصل قطع منه مثل ذلك المفصل اذا كان الجاني يقاد من المجني عليه لو قتله)

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بقوله تعالى (العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص) وبخبر الربيع بنت النضر بن أنس ويشترط لجريان القصاص فيها شروط خمسة

[أحدها] أن يكون عمداً على ماأسلفناه [والثاني] أن يكون المجني عليه مكافئا للجاني بحيث يقاد به لو قتله [والثالث] ان يكون الطرف متساويا للطرف ولا يؤخذ صحيح بأشل ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يشترط التساوي في الدقة والغلظ والصغر والكبر والصحة والمرض لان اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية [والرابع] الاشتراك في الاسم الخاص فلا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين ولا اصبع بمخالفة لها ولا جفن أو شفة إلا بمثلها [الخامس] امكان الاستيفاء من غير حيف وهو ان يكون القطع من مفصل فان كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه وقد روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية ، فقال إني أريد القصاص ؟ قال « خذ الدية بارك الله لك فيها » ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجه

القصاص مطلقا أو الى الدية وجبت الدية لان الواجب غير معين ، فاذا ترك أحدهما تعين الآخر وان اختار الدية سقط القصاص ولم يملك طلبه لان الواجب أحد شيئين فاذا تعين أحدهما سقط الآخر فان اختار القصاص تعين لذلك فان اختار بعد ذلك العفو الى الدية فله ذلك ذكره القاضي لان القصاص أعلى فكان له الانتقال الى الادنى ويكون بدلا عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى ان الواجب القصاص عينا وله العفو الى الدية ويحتمل انه ليس له ذلك لانه أسقطها باختياره القود فلم يعد اليها وعنه ان الواجب القصاص عينا وله العفو الى الدية وإن سخط الجاني لما ذكرنا

(فصل) اذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بارش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لانهما إن لم يعرفا قدر الارش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الابل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع ، ولذلك لو باعه شيئاً بحمل جذع غير معروف الصفة لم يصح فان قدر الارش بذهب أو فضة فباعه به صح

(فصل) ومتى كان القصاص لمجنون أو لصغير لم يجز العفو إلى غير مال للولي لانه لا يملك إسقاط حقه وقد ذكرناه .

(فصل) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لانه ليس بمال ، وإن أراد المفلس

(فصل) وفي قطع اليد ثمان مسائل [أحدها] قطع الاصابع من مفاصلها فالقصاص واجب لان لها مفاصل ويمكن القصاص من غير حيف؛ وان اختار الدية فله نصفها لان في كل أصبع عشر الدية [الثانية] قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لانه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه وإن أراد قطع الاصابع ففيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهذا اختيار أبي بكر لانه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه ان امتناع قطع الاصابع إذا قطع من الكوع انما كان لعدم المقتضى أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف (والثاني) له قطع الاصابع ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة . ويفارق ما إذا قطع من الكوع لانه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك لانه يجمع بين القصاص والارش في عضو واحد فلم يجز كالو قطع من الكوع (والثاني) له ارش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كسائر ماهذا حاله . وان اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لايوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى

[الثالثة] قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية فلا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها [الرابعة] قطع من نصف الذراع فليس له

القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه ، وإن أحب العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء وإن أراد العفو الى غير مال انبنى على الروايتين إن قلنا ان الواجب القصاص عينا فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين لم يملكه لان المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال اسقاط له بعد وجوبه وتعينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس ، وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع انه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر ان أحمد نص على ذلك وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على مامضى

(مسئلة) **(وان مات القاتل وجبت الدية في تركته)**

لانه تعذر استيفاء القصاص من غير اسقاط فوجبت الدية كقتل غير المكافي. وان لم يخلف تركة سقط الحق لتعذر استيفائه

(مسئلة) **(وان قطع اصبعا عمدا فعفا عنه ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية وان عفا على غير مال فلا شيء له على ظاهر كلامه ويحتمل ان له تمام الدية وان عفا مطلقا انبنى على الروايتين في موجب العمد)**

أن يقطع من ذلك الموضع لانه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه فله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع ، وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز له القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان، ويخرج أيضاً في جواز قطع الاصابع وجهان، فان قطع منها لم يكن له حكومة في الكف لانه أمكنه أخذه قصاصاً فلم يكن له طلب لرشه كما لو كانت الجناية من الكوع

(الخامسة) قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لانه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز له العدول إلى غيره وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد

(السادسة) قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد وبعض العضد والثاني له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين (السابعة) قطع من المنكب فلو اجب القصاص لانه مفصل وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد

(الثامنة) خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكتف فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة فان قالوا يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفي وإلا صار الامر إلى الدية ، وفي جواز الاستيفاء

وجملة ذلك انه إذا جني على إنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص كالاصبع فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك ان القصاص يجب لان الجناية صارت نفسا ولم يعف عنها

ولنا أنه يتعذر استيفا القصاص في النفس دون ماعفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الاولياء ولان الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع امكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد فاسلم ثم مات منها ثم ينظر فان كان عفا على مال فله الدية كاملة وان عفا على غير مال وجبت الدية إلا ارش الجرح الذي عفا عنه وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لان الجناية صارت نفسا وحقه في النفس لا فيما عفا عنه وانما سقط القصاص للشبهة، وان قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لان الجناية لاتختص القطع وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع ظاهر كلام أحمد الا لايجب شيء وبه قال ابو يوسف ومحمد لانه قطع غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية اوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وانما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه عشر الدية لان الجناية اوجبته فاذا عفا سقط ماوجب دون ما لم يجب فاذا صارت نفسا وجب بالسراية ما لم يعف عنه ولم يسقط ارش الجرح إذا لم يعف وانما تكملت الدية بالسراية

من المرفق أوما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره ومثل هذه المسائل في الرجل، والساق كالذراع ؛ والفخذ كالعضد، والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وليس في المأ ومة ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لانها تجمعه فالشجة الواصلة اليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ ، والجائفة في البدن وهي التي تصل إلى الجوف وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روي عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً قص منها قبل ابن الزبير . وممن لم ير في ذلك قصاصاً مالك والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه لاقصاص في المأمومة وقاله مكحول والزهري والشعبي ، وقال عطاء والنخعي لا قصاص في الجائفة

وروى ابن ماجه في سننه عن العباس بن عبد المطلب عن النبي ﷺ انه قال «لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة» ولانهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام

(فصل) وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة وسواء في ذلك ما دون الموضحة كالحارصة والبازلة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما فوقها ، وهي الهاشمة والمنقلة والآمة وبهذا قال

(فصل) فان كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى إلى النفس فلوليه القصاص لان القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية ، وإن عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس الا ارش الجرح ، ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يدا فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية ، فان قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبي بكر لا يسقط قصاص في النفس لان القصاص لم يجب فهو كالجائفة ومن جوز القصاص من الكوع اسقط القصاص في النفس كما لو كان القطع من الكوع ، وقال المزني لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يدا فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية ولا يصح لان دية الجرح انما وجبت بالجناية اذ هي السبب ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل برئه كان ارش الطرف لبائعه لا لمشتريه وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا يملك المطالبة به ويصح اسقاطه كذا ههنا

(فصل) وان قطع اصبعا فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الى الكف ثم اندمل لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس ولان القصاص سقط في الاصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها

الشافعي . فأما مافوق الموضحة فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص إ ` ماروي عن ابن الزبير انه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه، وممن قال به عطاء وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر لاأعلم أحداً خالف ذلك ولانها جراحتان لا تؤمن الزيادة فيهما أشبها المأمومة والجائفة وأما مادون الموضحة فقد روي عن مالك وأصحاب الرأي ان القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق . ولنا انها جراحة لاتنتهي إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالمأمومة، ولانه لايؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام . وبيان ذلك انه ان اقتص من غير تقدير أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه وان اعتبر مقدار العمق أفضى إلى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا لانه قد يكون لحم المشجوج كثيراً بحيث يكون عمق باضعته كموضحة الشاج أو سمحاقه ولاننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها وبهذا قال الحسن وأبو عبيد

(فصل) وان كانت الشجة فوق الموضحة فأحب أن يقتص موضحة جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يقتص على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فانه انما يضع السكين في موضع وضعها الجاني لان سكين الجاني وصلت الى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فانه لم يضع سكينه في الكوع ، وهل له أرش ما زاد على الموضحة ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو اختيار أبي بكر لانه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة

الكاملة ثم ان كان العفو الى الدية وجبت دية اليد كاملة، وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما اذا سرت الى النفس، فعلى هذا يجب ههنا دية الكف الا دية الاصبع ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه لايجب شيء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها وقد قال القاضي ان القياس فيما اذا قطع اليد ثم سرى الى النفس ان يجب نصف الدية فيلزمه ان يقول مثل ذلك ههنا

(فصل) فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد

﴿ مسئلة ﴾ (وان قال الجاني عفوت مطلقا أو عفوت عنها وعن سرايتها قال بل عفوت الى مال أو عفوت عنها دون سرايتها فالقول قول المجني عليه أو وليه ان كان الخلاف معه)

لان الاصل عدم العفو عن الجميع وقد ثبت العفو عن البعض باقراره فيكون القول في عدم سواه قوله

﴿ مسئلة ﴾ (وان قتل الجاني العافي عمدا فلوليه القصاص أو الدية كاملة وقال القاضي له القصاص أو تمام الدية)

اذا قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتل العافي فلوليه القصاص وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لاقصاص لان العفو حصل عن بعضه فلا يقتل به كما لو سرى القطع الى نفسه

ولنا ان القتل انفرد عن القطع فعفوه عن القطع لا يمنع ما وجب بالقتل كما لو كان القاطع غيره

وكما في الانفس اذا قتل المسلم بالكافر والعبد بالحر (والثاني) له أرش ما زاد على الموضحة اختاره ابن حامد وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيه فانتقل الى البدل كما لو قطع أصبعيه ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة ، وفارق الشلاء بالصحيحة لان الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) قال (وتقطع الاذن بالاذن)

أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن وذلك لقول الله تعالى (والاذن بالاذن) ولانها تنتهي الى حد فاصل فأشبهت اليد، وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع ، وتؤخذ أذن الاصم بكل واحدة منهما لتساويهما فان ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص فيها وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لان الثقب ليس بعيب وانما يفعل في العادة للقرط والتزين به فان كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لان الثقب اذا انخرم صار نقصاً فيها والثقب في غير محله عيب، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية الا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى العيب ويتركه من أذن الجاني، وفي وجوب الحكومة له في قدر النقب وجهان وان قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني ، وتقدير ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف

وان اختار الدية فقال القاضي ان كان العفو عن الطرف الى غير دية فله بالقتل نصف الدية وهو ظاهر مذهب الشافعي لان القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص، ولذلك لو أراد القصاص كان له ان يقطع ثم يقتل ولو صار الامر الى الدية لم يجب إلا دية واحدة وقال ابو الخطاب له العفو الى دية كاملة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم احدهما في الآخر كما لو اندمل ولان القتل موجوب للقتل فاوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو، وفارق السراية فانها لم توجب قتلا ولان السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

(مسئلة) (واذا وكل رجلا في القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه وهل يضمن العافي ؟ يحتمل وجهين ويتخرج ان يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل في أحد الوجهين لانه غره والآخر لا يرجع به ويكون الواجب حالا في ماله، وقال أبو الخطاب يكون على عاقلته)

اذا وكل من يستوفي القصاص صح نص عليه أحمد فان وكله ثم غاب وعفا الموكل عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فان كان عفوه بعد القتل لم يصح لان حقه قد استوفي وان كان قبله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء وان كان قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لا ضمان

والثلث بالثلث وعلى حساب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يجري القصاص في البعض لانه لاينتهي الى حد

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع ، وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكره

(فصل) وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تؤخذ بها لانها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الاعضاء [والثاني] تؤخذ بها لان المقصود منها جمع الصوت ، وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

[فصل] وان قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي يجب القصاص وهو قول الثوري والشافعي واسحاق لانه وجب بالابانة وقد وجدت الابانة ،وقال ابو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لانها لم تبن على الدوام فلم يستحق ابانة اذن الجاني دواما ، وان سقطت بعد ذلك قريبا أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ وعلى قول أبى بكر اذا لم تسقط له دية الاذن وهو قول أصحاب الرأي وكذلك قول الاولين اذا اختار الدية ، وقال مالك لاعقل لها اذا عادت مكانها فأما ان قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه ، وان قطع أذن انسان فاستوفى

على الوكيل فانه لاتفريط منه فان العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم تلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا ضمان عليه لان عفوه لم يصح لما ذكرنا من حصوله في حال لايمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقا له فلم يلزمه ضمان ولان العفو احسان فلا يقتضي وجوب الضمان (والثاني) عليه الضمان لان قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو امر عبده الاعجمي بقتل معصوم ، وقال غير أبي بكر يخرج في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين وهل ينعزل بعزل الموكل قبل علمه اولا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين ، فان قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لانه قتل من يجب قتله بامر مستحقه وان قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لان الوكيل قتل من يعتقد اباحة قتله بسبب هو معذور فيه فاشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربيا وتجب الدية على الوكيل لانه لو علم لوجب عليه القصاص فاذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قبل علمه باسلامه ويرجع بها على الوكل لانه غره بتسليطه على القتل وتفريطه في ترك اعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في انكاح بحرية أمة ويحتمل أن لايرجع عليه ، لان العفو احسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه بخلاف الغار بالحرية ، فعلى هذا تكون الدية في مال الوكيل اختاره القاضي وتكون حالة لانه متعمد للقتل لكونه قصده وانما سقط عنه القصاص لمعنى آخر فهو كقتل الاب ، وقال أبو الخطاب

منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت وطالب المجني عليه ابانتها لم يكن له ذلك لان الابانة قد حصلت ، والقصاص قد استوفى فلم يبق له قبله حق، فاما ان كان المجنى عليه لم يقطع جميع الاذن انما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لانه استحق ابانة جميعها ولم يكن أبانه ، والحكم في السن كالحكم في الاذن

(فصل) ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سنه فهل تلزمه ابانتها؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الآدمي هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا هو نجس لزمته ازالتها مالم يخف الضرر بازالتها كما لو جبر عظمه بعظم نجس ، وان قلنا بطهارتها لم تلزمه إزالتها وهذا اختيار أبي بكر وقول عطاء بن أبي رباح وعطاء الخراساني وهو الصحيح لانه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله فاما ان قطع بعض أذنه فالتصق لم تلزمه ابانتها لانها طاهرة على الروايتين جميعا لانها لم تصر ميتة لعدم إبانتها ولا قصاص فيها . قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لانه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والانف بالانف)

وأجمعوا على جريان القصاص في الانف أيضاً للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والأقنى

تكون على عاقلته لانه أجري مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً ، وهذا ظاهر كلام الخرقي لانه ليس بعمد محض ولهذا لم يجب به القصاص فيكون عمداً لخطأ فتحمله العاقلة وهذا اختيار شيخنا وقد دل على ذلك خبر المرأة التي قتلت جارتها وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالدية على عاقلتها ، فعلى قول القاضي ان كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء ، فان قيل فلم قلتم فيما اذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به في وجه ؟ قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا، وان قلنا ان الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن يسقط الديتان لانه لافائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفاً لكل واحد منهم بغير فائدة ويحتمل أن يجب ذلك ، لان الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغيرمن للوكيل الرجوع عليه وإنما يتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه ولانه قد يكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة ، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل إلى الوكيل قدر ما غرمه ، وان أحال ورثة الجاني على الوكيل صح فان كان الجاني أقل دية مثل أن يكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لانه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعاً

بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لايشم لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح، كما تؤخذ أذن السميع باذن الاصم ،وان كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح مالم يسقط منه شيء لان ذلك مرض فان سقط منه شيء لم يقطع به الصحيح الا أن يكون من أحد جانبيه فيأخذ من الصحيح مثل مابقي منه أو يأخذ ارش ذلك، والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو مالان منه دون قصبة الانف لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع ،وإن قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وفيه وجه آخر أنه لايجب مع القصاص حكومة كيلا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية،وقياس قول أبي بكر أنه لايجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك كقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف

وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك كقولنا في الاذن ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره ،ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بالايسر ولا يؤخذ أيمن بأيسر ولا أيسر بأيمن ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد

ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه وان كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة ،لان الموكل لايستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل .

﴿مسألة﴾ (وان عفا قاتله بعد الجرح صح وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية)

لان الحق له فصح العفو عنه كماله وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والاوزاعي فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد ، وقال أصحاب الشافعي اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان (أحدهما) أنه وصيه فينبني على الوصية للقاتل وفيه قولان (أحدهما) لايصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح (والثاني) يصح فان خرج من الثلث سقطت والا سقط منها بقدر الثلث ووجب الباقي(والقول الثاني) ليس بوصية لانه اسقاط في الحياة فلم يصح ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع ،إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لا يخرج لان موجب العمد القود في احدى الروايتين أو أحد شيئين في الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ولذلك صح العفو من المفلس الى غير مال ، وأما جناية الخطأ فاذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو

﴿ مسئلة ﴾ قال (والذكر بالذكر)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر لقوله تعالى [والجروح قصاص] ولان له حداً ينتهي اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالانف ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لان ماوجب فيه القصاص من الاطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ويؤخذ كل واحد من المختون والاغلف بصاحبه لان الغلفة زيادة تستحق إزالتها فهي كالمعدومة

وأما ذكر الخصي والعنين فذكر الشريف أن غيرهما لا يؤخذ بهما وهو قول مالك لانه لامنفعة فيهما لان العنين لايطأ ولا ينزل والخصي لايولد له ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء فهما كالاشل ولان كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة ، وقال ابو الخطاب يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لانهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وإنما عدم الانزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كاذن الاصم وأنف الاخشم ، وقال القاضي لايؤخذ ذكر الفحل بالخصي

الابراء أو غير ذلك ، فان خرجت من الثلث صح عفوه عن الجميع وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز والاوزاعي وإسحاق لان الوصية ههنا بمال

﴿ مسئلة ﴾ (وإن أبرأه من الدية أو وصى له بها فهي وصية لقاتل هل تصح لقاتل ؟ على روايتين) (احداهما) تصح لكونها له لانها بدل عنه وتعتبر من الثلث كبقية أمواله هكذا ذكره في كتاب المقنع ولم يفرق بين العمد والخطأ والذي ذكره في كتاب المغني ماذكر في التي قبل هذه المسئلة

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يحتمل أن يصح عفوه عن المال ولا وصية به لقاتل ولا غيره اذا قلنا انه يحدث على ملك الورثة لانه يكون مال غيره فلم يكن له التصرف فيه كسائر أموال الورثة)

(مسئلة) (وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته أو العبد من الجناية المتعلق ارشها برقبته لم يصح) لانه أبرأه من حق على غيره أشبه مالو أبرأ زيداً من دين على عمرو ، وإن أبرأ العاقلة أو السيد صح لانه أبرأهما من حق عليهما فصح كالدين الواجب عليهما

(مسئلة) (وإن وجب لعبد قصاص في الطرف أو جرح أو تعزير قذف فله طلبه والعفو عنه) لانه مختص به وليس ذلك لسيده لانه ليس يحق له إلا أن يموت العبد فاذا مات العبد انتقل عنه الى السيد وصح عفوه عنه .

لتحقق نقصه والا ياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان

(أحدهما) يؤخذ به غيره لأنه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخصي والصحيح الاول فإنه اذا ترددت الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص لان الاصل عدمه فلا يجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عيبه ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

(فصل) ويؤخذ بعضه ببعضه ويعتبر ذلك بالاجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد أو نقص فبحسب ذلك على ما ذكرناه في الانف والاذن

(مسألة) قال (والانثيان بالانثيين)

ويجري القصاص في الانثيين لما ذكرنا من النص والمعنى لانعلم فيه خلافا فان قطع احداهما وقال أهل الخبرة انه ممكن أخذها مع سلامة الاخرى جاز فان قالوا لايؤمن تلف الاخرى لم تؤخذ خشية الحيف ويكون فيها نصف الدية، وان أمن تلف الاخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى لما ذكرناه في غيرهما

باب مايوجب القصاص فيما دون النفس

كل من أقيد بغيره في النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا لأن النفس أعلى فاذا أقيد في الأعلى ففي الادنى بطريق الاولى وعنه لا قصاص بين العبيد في الاطراف لانها أموال وقد ذكرناه والمذهب الاول، ومن لايجري القصاص بينهما في النفس لا يجري بينهما في الطرف كالاب مع ابنه والحر مع العبد والمسلم مع الكافر فلا يقطع طرفه بطرفه لعدم المكافأة فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالانثى والانثى بالذكر ويقطع الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم وبهذا قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وإسحاق وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد ولا العبد بالحر ولا العبد بالعبد ويقطع المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لان التكافؤ معتبر في الاطراف بدليل ان الصحيحة لاتؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فلذا لايؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة ولا طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى

ولنا ان من جرى القصاص بينهما في النفس جرى في الطرف كالحرين وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس فلن التكافؤ معتبر بدليل ان المسلم لايقتل بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة لان

(فصل) وفي القصاص في شفري المرأة وجهان (أحدهما) لا قصاص فيهما لانه لحم لامفصل له ينتهي اليه فلم يجب فيه قصاص كلحم الفخذين هذا قول القاضي

[والثاني] فيهما القصاص لان انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العين وهذا قول أبي الخطاب ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

[فصل] وإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فاختار القصاص لم يكن له قصاص في الحال ويقف الأمر حتى يتبين حاله لاننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي وإن اختار الدية و كان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين فيكون له حكومة في المقطوع وإن كان قد قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والانثيين وإن يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والانثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله

(فصل) يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر ، هذا ظاهر مذهب الشافعي وقال المزني لا قصاص فيهما لانهما لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا قوله تعالى (والجروح قصاص) ولان لهما حداً ينتهيان اليه فجرى القصاص فيهما كالذكر والانثيين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وتقلع العين بالعين).

أجمع أهل العلم على القصاص في العين وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق والحسن وابن سيرين

المماثلة قد وجدت وزيادة فوجب أخذها بها اذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الاصابع بكاملة الاصابع وأما اليسار واليمنى فيجريان مجرى النفسين لاختلاف محليهما ولهذا يستوي بدلهما فعلم أنها ليست بناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك

(مسئلة) (ولا يجب إلا بمثل الموجب في النفس وهو العمد المحض كما لا يجب في النفس إلا بذلك ووجوب القصاص فيما دون النفس والاطراف اذا أمكن ثابت بالنص والاجماع)

أما النص فقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية . وروى أنس بن مالك ان الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الارش فأبوا إلا القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال يارسول الله تكسر ثنية الربيع ؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال النبي ﷺ « يا أنس كتاب الله القصاص » قال فعفا القوم فقال النبي ﷺ « إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » متفق عليه . وأجمع المسلمون على جريان القصاص فيما دون النفس اذا أمكن ولان مادون النفس كالنفس في الحاجة الى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه .

(فصل) فأما الخطأ فلا قصاص فيه اجماعا لأنه لا يوجب القصاص في النفس وهي الاصل ففيما

والشعبي والنخعي والزهري والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه والاصل فيه قول الله تعالى (والعين بالعين) ولأنها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص فيها كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الكبير المريضة وعين الصغير بعين الكبير والاعمش ولا تؤخذ صحيحة بقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه

(فصل) فان قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه لانه لا يمكن المماثلة فيه وان لطمه فذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من اذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالج بما يذهب ببصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن اعرابياً قدم بحلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما إلى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها من عينه حتى سال انسان عينه وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز وإن لم يمكن الا بالجناية على العضو سقط القصاص لتعذر المماثلة .

وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فان ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهبه بما ذكرنا وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يصح فان اللطمة لا يقتص منها منفردة

دونها أولى ولا يجب في شبه العمد وهو أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالباً مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها فتوضحه فلا يجب به القصاص لانه شبه عمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية والصحيح الاول والآية مخصوصة بالخطأ فكذلك هذا ولانه لا يجب به القصاص في النفس فكذلك الجراح

﴿مسئلة﴾ (وهو نوعان)(أحدهما) الاطراف فتؤخذ العين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل بالرجل

أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف وقد ثبت ذلك بالآية وبخبر الربيع الذي ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط)(أحدها) أن يكون القطع من مفصل أو له حد ينتهي اليه كمارن الانف وهو مالان منه فان قطع القصبة أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص في أحد الوجهين وفي الآخر يقتص من حد المارن ومن الكوع والكعب وهل يجب له ارش الباقي ؟ على وجهين

أجمعوا على جريان القصاص في الانف للآية والمعنى ويؤخذ الكبير بالصغير والاقنى بالافطس وأنف الاشم بأنف الاخشم الذي لا شم له لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الاصم فان

فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة ان كانت دون الموضحة ولان اللطمة إذا لم تمكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الامن من إفساد العضو في العين فمع خوف ذلك أولى ولانه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة كالموضحة وقال القاضي لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالبا فان كانت لا تذهب به غالبا فذهب فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لانه فعل لا يفضي إلى الفوات غالبا فلم يجب به القصاص كشبه العمد في النفس . وقال أبو بكر يجب القصاص بكل حال لعموم قوله [والعين بالعين] ولأن اللطمة إذا اسالت انسان العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر في الجرح الافضاء إلى التلف غالبا

(فصل) فلو لطم عينه فذهب بصرها وابيضت وشخصت فان أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك وإن لم يمكن الا ذهاب بعض ذلك مثل أن يذهب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كالوجرح هاشمة فانه يقتص موضحة ويأخذ ارش باقي جرحه وعلى قول أبي بكر لا يستحق مع القصاص ارش

وقال القاضي اذا اقتص منه يعني لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله وان تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجني عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وهذا بناء على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا

كان بأنفه جذام أخذ به الانف الصحيح مالم يسقط منه شيء لان ذلك مرض فان سقط منه شيء لم يؤخذ به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيؤخذ من الصحيح مثل مابقي منه أو يأخذ ارش ذلك والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن وهو مالان منه دون القصبة لان ذلك حد ينتهي اليه فهو كاليد يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع فان قطع الانف كله مع القصبة فعليه القصاص في المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي ، وفيه وجه آخر أنه لا يجب مع القصاص حكومة كيلا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية وقياس قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا لانه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه فلم يملك ذلك لقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو الكف : وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا يصح التفريق مع التساوي ، وان قطع بعض الانف قدر بالاجزاء وأخذ منه بقدر ذلك ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الايمن بالايمن والايسر بمثله ويؤخذ الحاجز بالحاجز لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى حد

(فصل) وتؤخذ العين بالعين للآية ولا يشترط التساوي في الصغر والكبر والصحة والمرض لان اعتبار ذلك يفضي إلى سقوط القصاص بالكلية

(فصل) وان شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف نعلمه لانها لاقصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ماذكرنا في اللطمة، وان كانت الشجة فوق الموضحه فله أن يقتص موضحة وهل له ارش الزيادة عليها ؟ فيه وجهان وان ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه مايزيله من غير أن يجني على الحدقة ، وان شجه موضحة فله أن يقتص منها وحكم القصاص في البصر على ماذكرنا من قبل . واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع كلها فقال بعضهم لا قصاص فيه لانه لايجب بالسراية كما لو قطع أصبعه فسرى القطع الى التي تليها فأذهبها عندهم وقال بعضهم يجب القصاص ههنا قولا واحداً لان ضوء العين لاتمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر كماذكرنا فيماقبل هذا

(فصل) إذا قلع الاعور عين صحيح فلا قود وعليه دية كاملة روي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء . وقال الحسن والنخعي ان شاء اقتص وأعطاه نصف دية . وقال مالك ان شاء اقتص وان شاء أخذ دية كاملة

وقال مسروق والشعبي وابن سيرين وابن مغفل والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر له القصاص ولا شيء عليه وان عفا فله نصف الدية لقول الله تعالى (والعين بالعين) وجعل النبي ﷺ في العينين الدية ولانها إحدى شيئين فيهما الدية فوجب القصاص ممن له واحدة أو نصف الدية كما لو قطع الأقطع يد من له يدان

(فصل) وتؤخذ الاذن بالاذن، أجمع أهل العلم على أن الاذن تؤخذ بالاذن وقد دلت الآية على ذلك ولانها تنتهي إلى حد فاصل فأشبهت اليد وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بمثلها وبأذن الاصم وتؤخذ أذن الاصم بكل واحد منهما لتساويهما فان ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص فيهما وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة لان الثقب ليس بعيب وانما يفعل في العادة للقرط والتزين به فان كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لان الثقب إذا انخرم صار نقصا فيها والثقب في غير محله عيب ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من إذن الجاني وفي وجوب الحكومة له في قدر النقص وجهان ، وإن قطعت بعض أذنه فله أن يقتص من أذن الجاني بقدر ما قطع من أذنه ويقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ النصف بالنصف وعلى حسب ذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعي لايجري القصاص في البعض لانه لا ينتهي إلى حد

ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ماذكروه

(فصل) وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة ، وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تؤخذ بها لانها ناقصة معيبه فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الاعضاء

ولنا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما ولم نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ولانه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . وأما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع ومع التسليم فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما بخلاف عين الاعور فان النفع الحاصل بالعينين حاصل بها وكل حكم يتعلق بصحيح العينين يثبت في الاعور مثله ولهذا صح عتقه في الكفارة دون الأقطع . فأما وجوب الدية كاملة عليه وهو قول مالك فلأنه لما دفع عنه القصاص مع إمكانه لفضيلته ضوعفت الدية عليه كالمسلم إذا قتل ذمياً عمداً .ولو قلع الاعور إحدى عيني الصحيح خطأ لم يلزمه إلا نصف الدية بغير اختلاف لعدم المعنى المقتضي لتضعيف الدية

(فصل) ولو قلع الاعور عين مثله ففيه القصاص بغير خلاف لتساويهما من كل وجه إذا كانت العين مثل العين في كونها يميناً أو يساراً . وان عفا إلى الدية فله جميعها وكذلك إن قلعها خطأ أو عفا بعض مستحقي القصاص لانه ذهب بجميع بصره فأشبه مالو قلع عيني صحيح

(فصل) وان قلع الاعور عيني صحيح فقال القاضي هو مخير إن شاء اقتص ولا شيء له سوى ذلك لانه قد أخذ جميع بصره فان اختار الدية فله دية واحدة لقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية » لانه لم يتعذر القصاص فلم تتضاعف الدية كما لو قطع الاشل يد صحيح أو كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص . وقال القاضي يقتضي الفقه أن يلزمه ديتان إحداهما للعين التي تقابل عينه والدية

(والثاني) تؤخذ بها لان المقصود منها جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال ، وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

(فصل) فان قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي يجب القصاص وهو قول الثوري والشافعي واسحاق لانه وجب بالابانة وقد وجدت ، وقال أبو بكر لا قصاص فيها وهو قول مالك لانها لم تبن على الدوام فلم يستحق ابانة اذن الجاني دواما فان سقطت بعد ذلك قريباً أو بعيداً فله القصاص ويرد ما أخذ وعلى قول أبي بكر إذا لم تسقط له دية الاذن وهو قول أصحاب الرأي ، وكذلك قول الاولين اذا اختار الدية وقال مالك لا عقل لها إذا عادت مكانها فأما ان قطع بعض أذنه فالتصق فله ارش الجرح ولا قصاص فيه ، وإن قطع أذن انسان فاستوفى منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت فطلب المجني عليه ابانتها لم يكن له ذلك لان الابانة قد حصلت والقصاص قد استوفي فلم يبق قبله حق فأما إن كان المجني عليه لم يقطع جميع الاذن انما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لانه استحق ابانة جميعها ولم يكن أبانه والحكم في السن كالحكم في الاذن

(فصل) ومن ألصق أذنه بعد ابانتها أو سنه فهل تلزم ابانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان من الادمي هل هو نجس أو طاهر ؟ ؛ ان قلنا هو نجس لزمته ازالتها مالم يخف الضرر بذلك كالوجبر ساقه بعظم نجس ، وإن قلنا بطهارتها لم تلزمه ازالتها اختاره أبو بكر . وهو قول عطاء بن

الثانية لاجل العين الناتئة لانها عين أعور والصحيح ما قلنا وهو قول أكثر أهل العلم وأشد موافقة للنصوص وأصح في المعنى.

(فصل) وان قلع صحيح العينين عين أعور فله القصاص من مثلها ويأخذ نصف الدية . نص عليه أحمد لانه ذهب بجميع بصره وأذهب الضوء الذي بدله دية كاملة وقد تعذر استيفاء جميع الضوء إذ لا يمكن أخذ عينين بعين واحدة ولا أخذ يمين بيسرى فوجب الرجوع ببدل نصف الضوء ويحتمل انه ليس له إلا القصاص من غير زيادة أو العفو على الدية كما لو قطع الاشل يداً صحيحة ولان الزيادة ههنا غير متميزة فلم يكن لها بدل كزيادة الصحيحة على الشلاء هذا مع عموم قوله تعالى (والعين بالعين)

[فصل] وان قطع الاقطع يد من له يدان فعليه القصاص وان قطعت رجل الاقطع أو يده فله القصاص أو نصف الدية لان يد الاقطع لا تقوم مقام يديه في الانتفاع والبطش ولا يجزىء في العتق عن الكفارة بخلاف عين الاعور فانها تقوم مقام عينيه جميعاً وقال القاضي ان كانت المقطوعة اولا قطعت ظلما أو قصاصا ففي الباقية نصف الدية رواية واحدة وان كانت الاولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان [إحداها] نصف الدية والثانية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة واما ان قطع الاقطع يد من ليس باقطع فان قلنا ان في يد الاقطع دية كاملة فلا قصاص وان قلنا لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها واللائق بالفقه ما ذكرناه اولا والتعليل بتفويت منفعة العضوين

أبي رباح وعطاء الخراساني وهو الصحيح لانه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهراً كحالة اتصاله فأما إن قطع بعض اذنه فالتصقت لم يلزمه إبانتها على الروايتين جميعاً لانها لم تصر ميتة لعدم ابانتها ولا قصاص فيها قاله القاضي وهذا مذهب الشافعي لانه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

﴿مسئله﴾ (وتقلع العين بالعين)

اجمع اهل العلم على القصاص في العينين يروى ذلك عن مسروق والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والثوري ومالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وروي عن علي رضي الله عنه لقول الله تعالى (والعين بالعين) ولانها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة وعين الكبير بعين الصغير والاعمش ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة لانه يأخذ أكثر من حقه وتؤخذ القائمة بالصحيحة لانها دون حقه كما تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولا ارش له معها لان التفاوت في الصفة

(فصل) فان قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص باصبعه لانه لا يمكن المماثلة فيه فان لطمه فأذهب ضوء عينه لم يجز ان يقتص منه باللطمة لان المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من أذهاب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالجه بما يذهب بصره من غير ان يقلع عينه وسنذكر ذلك وذكر القاضي انه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فان ذهب ضوء عينه والا كان له ان يذهبه بما نذكره وهو مذهب الشافعي ولا يصح هذا فان اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها

ينتقض بما إذا قطعت الاولى قصاصا، والقياس على عين الاعور غير صحيح لما بينهما من الفرق، فاما ان قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه فليس له الا نصف الدية رواية واحدة وان قطع هو أذن ذي أذنين وجب عليه القصاص بغير خلاف علمناه لا في المذهب ولا في غيره لان نفع كل أذن لا يتعلق بالاخرى

[فصل] ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى [والجروح قصاص] ولانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل وهذا مذهب الشافعي، ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير وجفن الضرير بكل واحد منهما لانهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لانه يمنع أخذ احدهما بالآخر كالاذن إذا عدم السمع منها

﴿ مسئلة ﴾ قال (والسن بالسن)

أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع ولان القصاص فيها ممكن لانها محدودة في نفسها فوجب فيها القصاص كالعين، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة وتؤخذ المكسورة بالصحيحة لانه يأخذ بعض حقه وهل يأخذ مع القصاص ارش الباقي؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى

(فصل) ولا يقتص إلا من سن من اثغر أي سقطت رواضعه ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه

اذا سرت الى العين كالشجة دون الموضحة ولان اللطمة اذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الامن من افساد العضو ففي العين مع وجود ذلك اولى ولانه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة له كالموضحة، وقال القاضي لا يجب القصاص الا ان تكون اللطمة تذهب بذلك غالبا فان كانت لا تذهب بالنظر غالبا فذهبت بها فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لانه فعل لا يفضي الى الفوات غالبا فلم يجب به القصاص بكل حال لعموم قوله تعالى (والعين بالعين) ولان اللطمة اذا أسالت العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر فيه الافضاء الى التلف غالبا

(فصل) فان لطم عينه فذهب بصرها او ابيضت وشخصت فان أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية على الحدقة فعل ذلك وان لم يمكن الاذهاب بعض ذلك مثل ذهاب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كما لو جرحه هاشمة فانه يقتص موضحة ويأخذ ارش باقي جرحه ، وعلى قول أبي بكر لا يستحق مع القصاص ارش وقال القاضي اذا لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم تبيض ولم تشخص فان أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير ذهاب الحدقة فعله فان تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجنى عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وبناء هذا على ان اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا

ثغر فهو مثغور فاذا نبتت قيل أثغر واتغر لغتان، وان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لانها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر، ثم ان عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجني كما لو قلع شعرة ثم نبتت، وان عادت مائلة عن محلها أو تغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لانها لو لم تعد ضمن السن فاذا عادت ناقصة ضمن مانقص منها بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وفي ربعها ربعها وعلى هذا ، وان عادت والدم يسيل ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله،وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فان قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن فان مات المجني عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص لان الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لان القلع موجود والعود مشكوك فيه،ويحتمل أنه اذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لايجب شيء لان العادة عودها فاشبه مالو حلق شعره فمات قبل نباته،فاما ان قلع سن من قد أثغر وجب القصاص له في الحال لان الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال القاضي يسئل أهل الخبرة فان قالوا لاتعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها تحتمل العود فاشبهت سن من لم يثغر،واذا ثبت هذا فانها ان لم تعد بعد فلا كلام وان عادت لم يجب قصاص ولا دية ، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي

﴿ مسئلة ﴾ (ويؤخذ السن بالسن)

وهو اجماع أهل العلم للآية وحديث الربيع ولان القصاص فيها ممكن لانها محدودة فى نفسها وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة والمكسورة بالصحيحة لانه يأخذ بعض حقه وهل له ارش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما

(فصل) ولا يقتص الا من سن من اثغر اي سقطت رواضعه ثم نبتت يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور فاذا نبتت قيل اثغر واتغر لغتان، وان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول مالك والشافعي واصحاب الرأي لانها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر ، فان عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كما لو قلع شعره ثم نبت ، وان عادت مائلة عن محلها اومتغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لانها لولم تعد ضمن السن فاذا عادت ناقصة ضمن ما نقص وإن عادت قصيرة ضمن مانقص بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتها وعلى هذا الحساب،وان عادت والدم يسيل ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله،وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فان قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه مخير بين القصاص او الدية ، فان مات المجنى عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص لان الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لان القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل انه إذا مات قبل مجيء وقت عودها ان لايجب شيء لان العادة عودها فأشبه ما لوحلق شعره فمات قبل

الشافعي وقال في الآخر لايسقط الارش لان هذه السن لاتستخلف عادة فاذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لاينتظر عودها في الضمان

ولنا أنها سن عادت فسقط الارش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها اذا وجدت ، فعلى هذا ان كان أخذ الارش رده وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصاً لأنه لم يقصد العدوان ، وإن عادت سن الجاني دون سن المجنى عليه ففيه وجهان [أحدهما] لاتقلع لئلا يأخذ سنين بسن واحدة وانما قال الله تعالى [السن بالسن] والثاني تقلع وإن عادت مرات لانه قلع سنه وأعدمها فكان له اعدام سنه ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

[فصل] وإن قلع سناً فاقتص منه ثم عادت سن المجنى عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لان سن المجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب على الجانى ديتها للمجنى عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان

(مسألة) قال (وان كسر بعضها برد من سن الجاني مثله)

وجملته أن القصاص جار في بعض السن لان الربيع كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص ولان ماجرى القصاص في جملته جرى في بعضه اذا أمكن كالاذن فيقدر ذلك بالاجزاء فيؤخذ

نباته ، فأما ان قلع سن من قد اثغر وجب القصاص له في الحال لان الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض اصحاب الشافعي، وقال القاضي يسئل أهل الخبرة فان قالوا لاتعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت ذكروه لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثغر . اذا ثبت هذا فانها ان لم تعد فلا كلام وان عادت لم يجب قصاص ولا دية وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يسقط الارش لان هذه السن لاتستخلف عادة فاذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لاينتظر عودها في الضمان

ولنا انها سن عادت فسقط الارش كسن من لم يثغر وندرة وجودها لايمنع ثبوت حكمها اذا وجدت فعلى هذا ان كان اخذ الارش رده وان كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصا لانه لم يقصد العدوان ، وان عادت سن الجاني دون سن المجني عليه لم تقلع في احد الوجهين لئلا يأخذ سنين بسن وانما قال الله تعالى (السن بالسن) والثاني تقلع وان عادت مرات لانه اعدم سنه بالقلع فكان له اعدام سنه ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان قلع سنا فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لان سن المجنى عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنه فلما قلعها وجب علي الجانى ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان

النصف بالنصف والثلث بالثلث وكل جزء بمثله ولا يؤخذ ذلك بالمساحة كيلا يفضي إلى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجنى عليه، ويكون القصاص بالمبرد ليؤمن أخذ الزيادة فانا لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن تنصدع أو تنقلع أو تنكسر من غير موضع القصاص، ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة إنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لان توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل، فان قيل فقد أجزتم القصاص في الأطراف مع توهم سرايتها إلى النفس فلم منعتم منه لتوهم السراية إلى بعض العضو؟ قلنا وهم السراية إلى النفس لاسبيل إلى التحرز منه فلو اعتبرناه في المنع لسقط القصاص في الأطراف بالكلية فسقط اعتباره. أما السراية إلى بعض العضو فتارة نقول انما منع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي بعض الذراع فانه يحتمل أن يفعل أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سناً ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه وصدعها أو قلعها أو كسر أكثر مما كسر فقد زاد على المثل، والقصاص يعتمد المماثلة، وتارة نقول إن السراية في بعض العضو انما منع اذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة أو مسمومة وفي وقت افراط الحرارة أو البرودة تحرزاً من السراية

(فصل) ومن قلع سناً زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الأسنان خارجة عنها إما إلى داخل الفم وإما إلى الشفة و كانت للجاني مثلها في موضعها فللمجنى عليه القصاص أو أخذ حكومة في

﴿ مسألة ﴾ (ويؤخذ الجفن بالجفن)

لقوله تعالى والجروح قصاص ولانه يمكن الاقتصاص فيه لانتهائه الى مفصل وهذا مذهب الشافعي ويؤخذ جفن البصير بمثله وبجفن الضرير ويؤخذ جفن الضرير بمثله وبجفن البصير لانهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لا يمنع أخذ احدهما بالآخر كاذن الاصم

﴿ مسألة ﴾ (وتؤخذ الشفة بالشفة)

وهي ماجاوز الذقن والخدين علوا وسفلا لقول الله تعالى والجروح قصاص ولان لها حداً تنتهي اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان للآية ولان له حداً ينتهي اليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافا ولا يؤخذ لسان ناطق بأخرس لانه أفضل منه ويؤخذ الاخرس بالناطق لانه دون حقه ويؤخذ بعض اللسان بالبعض لانه امكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب

﴿ مسألة ﴾ (وتؤخذ اليد باليد)

لقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقد اجمع أهل العلم على جريان القصاص في الاطراف للآية ولحديث الربيع ويشترط لذلك ثلاثة شروط

سنه وإن لم يكن له مثلها في محلها فليس للمجنى عليه إلا الحكومة وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الاخرى ففيه وجهان (أحدهما) لاتؤخذ الكبرى بالصغرى لان الحكومة فيها أكبر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها .

(والثاني) تؤخذ بها لانهما سنان متساويان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالاخرى كالأصليتين ، ولان قول الله تعالى (والسن بالسن) عام فيدخل فيه محل النزاع ، وإن قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لايمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر والانثى في النفس والاطراف ، على أن كبر السن لايوجب كثرة قيمتها فان السن الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لافي القيمة ولان كبر السن الاصلية لايزيد قيمتها فالزائدة كذلك

(فصل) ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حداً ينتهي اليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافا، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لانه أفضل منه ويؤخذ الاخرس بالناطق لانه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لانه أمكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالاجزاء ويؤخذ منه بالحساب

(احدها) (١) الامن من الحيف وهو ان يكون القطع من مفصل فان كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه لما روى نمر بن جابر عن أبيه ان رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي ﷺ فأمر له بالدية فقال انى اريد القصاص فقال « خذ الدية بارك الله لك فيها » ولم يقض له بالقصاص رواه ابن ماجه .

وفي قطع اليد ثمان مسائل (احدها) قطع الاصابع من مفاصلها فالقصاص واجب فيها لان لها مفاصل ويمكن القصاص فيها من غير حيف وان اختار الدية فله نصفها لان في كل أصبع عشر الدية

(الثانية) قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لانه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه، وان اراد قطع الاصابع ففيه وجهان

(احدهما) ليس له ذلك اختاره أبو بكر لانه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع ، يحققه ان امتناع قطع الاصابع اذا قطع من الكوع انما كان لعدم المقتضي او وجود مانع وايهما كان فهو متحقق اذا كان القطع من نصف الكف (والثاني) له قطع الاصابع ذكره اصحابنا وهو مذهب الشافعي لانه يأخذون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبه مالو شجه هاشمة فاستوفى موضحة، ويفارق ما اذا قطع من الكوع لانه امكنه استيفاء حقه فلم يجز العدول الى غيره وهل له حكومة في نصف الكف؟ فيه وجهان

(١) هكذا في الاصل ولم يذكر هنا غير شرط واحد وقد عدها في المغني خمسة وجعل الشرط المذكور هنا خامس الخمسة فليراجعها من شاء في المغني صحيفة ٤١٦

(فصل) وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا لقول الله تعالى (والجروح قصاص) ولان له حداً ينتهي اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تؤخذ يمين بيسار ولا يسار بيمين)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي. حكي عن ابن سيرين وشريك أن احداهما تؤخذ بالاخرى لانهما يستويان في الخلقة والمنفعة

ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل . فعلى هذا كل ما انقسم الى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانثيين لا تؤخذ احداهما بالاخرى

(فصل) وما انقسم الى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالاسفل ولا الاسفل بالأعلى لما ذكرنا ولا تؤخذ أصبع بأصبع الا أن يتفقا في الاسم والموضع ، ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في ذلك ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى . والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما ، ولا تؤخذ السن بالسن الا أن يتفق موضعهما واسمهما ولا تؤخذ أصبع ولا سن أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها لما ذكرناه

(أحدهما) ليس له ذلك لانه يجمع بين القصاص والارش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع (والثاني) له ارش نصف الكف لانه حق له تعذر استيفاؤه فوجب ارشه كما لو ماهذا حاله، وإن اختار الدية فله نصفها لان قطع اليد من الكوع لا يوجب اكثر من نصف الدية فما دونه اولى

(الثالثة) قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لانه مفصل وليس له قطع الاصابع لانه غير محل الجناية ولا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها

(الرابعة) قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لانه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه وله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع وهل له القطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ، ومن جوز القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان، ويخرج أيضا في جواز قطع الاصابع وجهان فان قطع منها لم يكن له حكومة في الكف لانه امكنه أخذه قصاصا فلم يكن له طلب ارشه كما لو كانت الجناية من الكوع

(الخامسة) قطع من المرفق فله القصاص منه لانه مفصل وليس له القطع من الكوع لانه امكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز العدول الى غيره ، وان عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة الساعد

(السادسة) قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة الساعد

(فصل) ومالا يجوز أخذه قصاصا لايجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه لان الدماء لاتستباح بالاستباحة والبذل، ولذلك لو بذلها له ابتداء لايحل أخذها، ولا يحل لأحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله، فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود لان القود سقط في الاولى باسقاط صاحبها، وفي الثانية باذن صاحبها في قطعها وديتهما متساوية، وهذا قول أبي بكر ولذلك قال: لو قطع المقتص اليد الاخرى عدوانا لسقط القصاص لأنهما تداويا في الالم والدية والاسم فتقاصا وتساقطا، ولان ايجاب القصاص يفضي الى قطع يدي كل واحد منهما واذهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا، ولا تفريع على هذا القول لوضوحه، وكل واحد من القطعين مضمون بسرايته لانه عدوان، وقال ابن حامد ان كان أخذها عدوانا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه، وان أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية لرضا صاحبها ببذلها واذنه في قطعها، وفي وجوبه في الاولى وجهان (أحدهما) يسقط لما ذكرنا (والثاني) لايسقط لانه رضي بتركه بعوض لم يثبت فكان له الرجوع الى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه اياه فعلى هذا له القصاص الا أنه لا يقتص الا بعد اندمال الاخرى وللجاني دية يده فاذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا وان كانت احداهما أكبر من الاخرى كالرجل مع المرأة وجب القصاص لصاحبه

(فصل) واذا قال المقتص للجاني اخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره فقطعها فعلى قول

وبعض العضد (والثاني) له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد؟ على وجهين، وهل له القطع من الكوع؟ يحتمل وجهين

(السابعة) قطع من المنكب فالواجب القصاص لانه مفصل اذا لم يخف جائفة وان اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد

(الثامنة) خلع عظم المنكب ويقال له مشط الكتف فيرجع فيه الى اثنين من ثقات أهل الخبرة فان قالوا يمكن الاستيفاء من غير ان تصير جائفة استوفى والا صار الامر الى الدية وفي جواز الاستيفاء من المرفق او مادونه مثل ماذكرنا في نظائره، ومثل هذه المسائل في الرجل فالساق كالذراع، والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف، والقدم كالكف، فتقاس عليها الا ص والمعنى

(مسئلة) (ويؤخذ كل واحد من الاصابع والكف والمرفق والذكر والانثيين بمثله)

لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولما ذكرنا في اليد باليد ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في ان القصاص يجري في الذكر ولان له حداً ينتهي اليه ويمكن القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لان ما وجب فيه القصاص من الاطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر، ويؤخذ كل واحد من المجبوب والأغلف بصاحبه لان الغلفة زيادة يستحق إزالتها فهي كالمعدومة، ويؤخذ كل واحد من الخصي

أبي بكر يجزيء ذلك سواء قطعها عالما بها أو غير عالم ، وعلى قول ابن حامد ان أخرجها عمداً عالماً بانها يساره وانها لاتجزيء فلا ضمان على قاطعها ولا قود لانه بذلها باخراجه لها لا على سبيل العوض وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لافرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه اياه ، ويفارق هذا ما لو قطع يد انسان وهو ساكت لانه لم يوجد منه البذل ويعزر في المقتص فان فعل ذلك عالماً بالحال عذر لانه ممنوع منه لحق الله تعالى ، وهل يسقط القصاص في اليمين ؟ على وجهين (أحدهما) يسقط لان قاطع اليسار تعدى بقطعها ولانه قطع إحدى يديه فلم يملك قطع اليد الاخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فانه لا يملك قطع يمينه

(والوجه الثاني) أنه لا يسقط وهو مذهب الشافعي ، وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الحد مبني على الاسقاط بخلاف القصاص (والثاني) أن اليسار لاتقطع في السرقة وان عدمت يمينه لانه يفوت منفعة الجنس في الحد بخلاف القصاص (والثالث) أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فانه لا يسقط وينتقل إلى البدل لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه ، فان قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر ؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلهذا جمعنا بينهما وفي مسئلتنا احدهما غير مستحق فلم نجمع بينهما فاذا اندملت

والعينين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي، ويؤخذ بعضه ببعض ويعتبر بالاجزاء دون المساحة فيؤخذ النصف بالنصف وما زاد ونقص فبحساب ذلك كالانف والاذن على ما ذكرناه

(مسئلة) (ويجري القصاص في الانثيين لما ذكرنا من النص والمعنى)

ولا نعلم فيه خلافا فان قطع احداهما وقال أهل الخبرة إنه يمكن أخذها مع سلامة الاخرى جاز وان قالوا لا يؤمن تلف الاخرى لم يقتص منها خشية الحيف ويجب فيها نصف الدية وان أمن تلف الاخرى أخذت اليمنى باليمنى واليسرى باليسرى كاليدين

(مسئلة) (وهل يجري القصاص في الألية والشفر ؟ على وجهين)

يجب القصاص في الأليين الناتئين بين الفخذ والظهر بجانبي الدبر في أحد الوجهين وهو ظاهر مذهب الشافعي والوجه الثاني لا يجب وهو قول المزني لانهما لحم متصل بلحم. أشبه لحم الفخذ ، ووجه الاول قوله تعالى (والجروح قصاص) ولان لهما حداً ينتهيان اليه فجرى القصاص فيهما كالذكر

(مسئلة) (وفي القصاص في شفري المرأة وجهان)

(أحدهما) لاقصاص فيها لانه لحم لامفصل له ينتهي اليه فأشبه لحم الفخذين وهو قول القاضي (والثاني) فيهما القصاص لان انتهاءهما معروف فأشبها الشفتين وجفني العينين وهو قول أبي الخطاب ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

اليسار قطعنا اليمين فان سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدراً ويجب في تركته دية اليمين لتعذر الاستيفاء فيها بموته وان قال المقتص منه لم أعلم أنها اليسار أو ظننت أنها تجزىء عن اليمين نظرت في المستوفي فان علم أنها يساره وأنها لا تكون قصاصاً ضمنها بديتها ويعزر وقال بعض الشافعية عليه القصاص لانه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها

ولنا أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها على وجه البدل فكانت مضمونة عليه ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالماً بها وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال ، والقصاص باق له في اليمين ولا تقطع حتى تندمل اليسار فاذا اندملت فله قطع اليمين فان عفا وجب بدلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بالدية الكاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني ، وإن اختلفا في بذلها فقال الجاني انما بذلتها بدلا عن اليمين . وقال المجنى عليه بذلتها في غير عوض أو قال أخرجتها دهشة ، فقال بل عالما ، فالقول قول الجاني لانه أعلم بنيته ولان الظاهر أن الانسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعا مع أن عليه قطعا مستحقا وهذا مذهب الشافعي وإن

(فصل) فان قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه فطالب القصاص لم يجب اليه في الحال ونقف الأمر حتى تبين حاله لانا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي وان اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطيناه اليقين وتكون له حكومة في المقطوع وان كان قطع جميعها فله دية امرأة في الشفرين وحكومة في الذكر والانثيين وان يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والانثيين ونصف دية الشفرين وحكومة في نصف ذلك كله

﴿مسألة﴾ (وإذا وضح انساناً فذهب ضوء عينه أو سمعه أو شمه فانه يوضحه فانه جرح يمكن الاقتصاص منه من غير حيف)

لان له حداً ينتهي اليه ثم إن ذهب ذلك ، وإلا استعمل فيه ما يذهبه من غير أن يجني على حدقته أو أذنه أو أنفه لانه يستوفي حقه من غير زيادة فيعالج بما يذهب بصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة له إلى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان رضي الله عنه فنازعه فلطمه ففقأ عينه فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما إلى علي رضي الله عنه فدعا علي بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الاخرى ثم أخذ المرآة بكلبتين فأدناها حتى سال إنسان عينه ، وإن وضع فيها كافوراً يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز ، وكذلك السمع والشم ، وإن لم يمكن إلا بالجناية على هذه الاعضاء سقط القصاص لتعذر المماثلة ولان توهم الزيادة يسقط القود فحقيقته أولى

كان باذل اليسار مجنونا مثل أن يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها ضمانها بالقصاص إن كان عالما وبالدية ان كان مخطئا لان بذل المجنون ليس بشبهة . وان كان من له القصاص مجنونا ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج اليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً لانه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البدل له ولا ضمان عليه لانه أتلفها ببذل صاحبها ، لكن ان كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فيكون للمجنون ديتها،وان وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الاخرى وان قطع الاخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين ، لأن حقه متعين فيها فاذا أخذها قهرا سقط حقه كما لو أتلف وديعته. (والثاني) لايسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لايصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة اذا أتلفها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل اذا تلفت بذلك واليد بخلافه فانها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الصغير وكذلك الحكم فيهما اذا قتلا قاتل أبيهما عمداً وان اقتصا من الجاني مالا تحمله عاقلته كما دون الثلث كقطع اصبع ونحوها سقط حقهما لان ذلك يقتضي الدية في ذمتهما ولهما في ذمة الجاني مثل ذلك فيتقاصان وإن كانت ديتهما مختلفة كالمسلم والذمي والرجل والمرأة فان قلنا يكونان مستوفيين لحقهما بالقطع لم يبق لهما حق كما لو اتلفا وديعتهما وان قلنا لا يكونان مستوفيين يتقاص

(فصل) وإن شجه دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته بغير خلاف علمناه لانها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا فان كانت الشجة فوق الموضحة فله أن يقتص موضحة فان ذهب ضوء العين والا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجني على الحدقة ، واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه المواضع فقال بعضهم لا قصاص فيه لانه لا يجب بالسراية عندهم كما لو قطع أصبعه فسرى القطع إلى التي تليها فأذهبها وقال بعضهم يجب القصاص ههنا قولا واحداً لان ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر بما ذكرنا في مثل هذا

(فصل) (الشرط الثاني المماثلة في الموضع) فيؤخذ كل واحدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشفتين والاجفان بمثلها لان القصاص يعتمد المماثلة هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن ابن سيرين وشريك أن احداها تؤخذ بالاخرى لاستوائها في الخلقة والمنفعة

ولنا أن كل واحدة منها تختص باسم فلا تؤخذ احداهما بالاخرى كاليد مع الرجل ، وكذلك كل ما انقسم إلى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانثيين لا تؤخذ احداهما بالاخرى ، وكذلك كل ما انقسم إلى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى لذلك

من الديتين بقدر الادنى منهما ووجب الفضل للصبي والمجنون وان كانت الجناية عليهما أو على وليهما خطأ تحمله العاقلة فاستوفيا القصاص لم يسقط حقهما وجها واحداً و كانت دية من استوفيا منه على عاقلتهما مؤجلة ودية الجناية عليهما أو على وليهما على عاقلة الجاني مؤجلة

(فصل) وسراية القود غير مضمونة ومعناه أنه اذا قطع طرفا يجب القود فيه فاستوفى منه المجني عليه ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء لم يلزم المستوفي شيء، وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واسحاق وابو يوسف ومحمد وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة: عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله وقال غيره هي على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على انه مضمون انه مضمون بالقطع الاول لانه في مقابلته

ولنا ان عمر وعليا رضي الله عنهما قالا من مات من حد او قصاص لادية له الحق قتله رواه سعيد بمعناه ولانه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ماقاسوا عليه فانه ليس مافعله مستحقا اذا ثبت هذا فلا فرق بين سرايته الى النفس بان يموت منها او الى مادونها مثل ان يقطع اصبعا فتسري الى كفه

﴿مسألة﴾ (وتؤخذ الاصبع والسن والانملة بمثلها في الموضع والاسم ولا تؤخذ أنملة بأنملة الا أن يتفقا في الموضع والاسم) ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما

﴿مسألة﴾ فلو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من آخر ليس له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته وبين أن يصبر حتى تقطع العليا ثم يقتص من الوسطى) لانه يستوفي حقه بذلك

(فصل) فان قطع من ثالث السفلى فللاول أن يقتص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا جميعاً أو واحداً بعد واحد ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا قصاص الا في العليا لانه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافىء حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده

ولنا أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كالحامل إذا جنت ثم وضعت ويفارق عدم التكافؤ لانه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يجب اليه لان في استيفائه اتلاف أنملة لا يستحقها وقيل لهما اما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الاول فان اقتص فلكما القصاص ، وإن عفا فلا قصاص لكما وإما ان ترضيا بالعقل فان جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني حكم الثاني مع الاول فان عفا فلكما العقل وان قالا نحن نصبر وننتظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو

(فصل) وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف لانها اثر الجناية والجناية مضمونة فكذلك اثرها ثم إن سرت الى النفس ومالا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان يهشمه في رأسه فيذهب ضوء عينيه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم وان سرت الى مايمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان قطع اصبعا فتآكلت اخرى وسقطت من مفصل ففيه القصاص ايضا في قول إمامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لايجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما فمرق منه الى آخر

ولنا ان ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس وضوء العين ولانه احد نوعي القصاص فأشبه ماذكرنا وفارق ماذكروه فان ذلك فعل وليس بسراية ولانه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع ابهامه فقطع سبابته وجب القصاص ولو ضرب ابهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيهما فافترقا ولان الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الاخرى فأما ان قطع أصبعاً فشلت إلى جانبها أخرى وجب القصاص في المقطوعة حسب والارش في الشلاء، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا قصاص فيهما ويجب أرشهما جميعاً لان حكم السراية لاينفرد عن الجناية بدليل مالو سرت إلى النفس فاذا لم يجب القصاص في إحداهما لم يجب في الأخرى .

نحوه ثم نقتص لم يمنعنا من ذلك فان قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع إلى صاحب العليا ، وإن قطع الاصبع كلها فعليه القصاص في الأنملة الثالثة وعليه أرش العليا للاول وأرش السفلى على الجاني لصاحبها ، وإن عفا الجاني عن قصاصها وجب ارشها يدفعه اليه ليدفعه إلى المجني عليه

(فصل) فان قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الاصبع فللاول قطع العليا لان حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ ارش العليا من الجاني فان بادر الثاني فقطع الأنملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للاول وله الارش على الجاني ، وان كان قطع الأنملتين أولا قدمنا صاحبها في القصاص ووجب لصاحب العليا ارشها ، وإن بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للاول ويأخذ الارش للعليا ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فان عفا إلى الدية تقاصا وتساقطا لان ديتهما واحدة ، وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع ارش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لان ديتهما واحدة واسم الأنملة يشملهما فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الاخرى

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها لعدم التماثل وان تراضيا عليه لم يجز)

وجملة ذلك أن ما لا يجوز أخذه قصاصاً لا يجوز بتراضيهما لان الدماء لا تستباح بالاباحة

ولنا أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته إذا سرت كالتي تسري إلى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره وفارق الاصل لان السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمها وههنا بخلافه ولان ماذكره غير صحيح فان القطع إذا سرى إلى النفس سقط القصاص في القطع ووجب في النفس فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ماقاله، اذا ثبت هذا فان الارش يجب في ماله ولا تحمله العاقلة لانه جناية عمد وانما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع والشلل فاذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وان اقتص من الاصبع فله في الاصابع الباقية أربعون من الابل ويتبعها ماحاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان (أحدهما) يتبعها في الارش ولا شيء فيه (والثاني) فيه الحكومة لان مايقابل الاربع تبعها في الارش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الارش فلم يتبعها

(فصل) ولا يجوز القصاص في الطرف الا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي والثوري وأبو حنيفة ومالك واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء والحسن قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء بناء على قولنا إنه اذا سرى الى النفس يفعل كما فعل، وهذا قول الشافعي

والبذل ولذلك لو بذلها ابتداء لم يحل له أخذها ولا يحل لاحد قتل نفسه ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره بذله

﴿مسئلة﴾ (فلو تراضيا على قطع احدى اليدين بدلا عن الاخرى فقطعها المقتص سقط القود)

لان القود سقط في الاولى باسقاط صاحبها وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها وديتهما متساوية وهذا قول أبي بكر وكذلك لو قطعها تعديا سقط القصاص لانهما تساويا في الدية والالم والاسم فتقاصا وتساقطا ولان ايجاب القصاص يفضي الى قطع يدي كل واحد منهما واذهاب منفعة الجنس والحاق الضرر العظيم بهما جميعا ولا تفريع على هذا القول لوضوحه وكل واحد من القطعين مضمون سرايته لانه عدوان وقال ابن حامد ان كان أحدهما عدوانا فلكل واحد منهما القصاص على صاحبه وان أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية لرضى صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها وفي وجوبه في الاولى وجهان (أحدهما) يسقط لما ذكرناه (والثاني) لايسقط لانه رضي بتركه بعوض لم يثبت له فكان له الرجوع الى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه اياه فعلى هذا له القصاص بعد اندمال الاخرى وللجاني دية يده فاذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت الديتان واحدة تقاصا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى كالرجل مع المرأة وجب الفضل لصاحبه

﴿مسئلة﴾ (وان قال له اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها أجزأت على قول أبي بكر سواء قطعها عالما بها أو جاهلا)

قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يارسول الله أقدني قال «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال النبي ﷺ «ليس لك شيء عجلت» رواه سعيد مرسلا ولان القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ

ولنا ماروى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح ورواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ولان الجرح لا يدرى أقتل هو ام ليس بقتل؟ فينبغي أن ينتظر ليعلم ماحكمه ؟ فأما حديثهم فقد رواه الدارقطني وفى سياقه فقال يارسول الله عرجت فقال رسول الله ﷺ «قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك » ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفى نفس الحديث مايدل على ان استقادته قبل البرء معصية لقوله «قد نهيتك فعصيتني» وماذكروه ممنوع وهو مبني على الخلاف .

(فصل) فان اقتص قبل الاندمال هدرت سراية الجناية ، وقال ابو حنيفة والشافعي بل هي مضمونة لانها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص

ولنا الخبر المذكور ولأنه استعجل مالم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه وبهذا فارق

وعلى قول ابن حامد ، وان أخرجها عمداً عالما أنها يساره وأنها لاتجزىء فلا ضمان على قاطعها ولا قود لانه بذلها باخراجه لها لا على سبيل العوض وقد يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لافرق بين قوله خذ هذا فكله وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه اياه ويفارق هذا ماإذا قطع يد انسان وهو ساكت لانه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص فان فعل ذلك عالما بالحال عزر لانه ممنوع منه لحق الله تعالى وهل يسقط القصاص في اليمنى ؟ على وجهين (أحدهما) يسقط لان قاطع اليسار تعدى بقطعها فلم يملك قطع اليد الأخرى كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فانه لايملك قطع يمينه (والوجه الثاني) لايسقط وهو مذهب الشافعي وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من وجوه ثلاثة (أحدها) أن الحد مبني على الاسقاط بخلاف القصاص (الثاني) أن اليسار لاتقطع في السرقة وان عدمت يمينه لانه يفوت منفعة الجنس بخلاف القصاص (والثالث) أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فانه لايسقط وينتقل إلى البدل ولكن لاتقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه فان قيل أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر؟ قلنا الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصاً فلهذا جمعنا بينهما وفي مسئلتنا أحدهما غير مستحق فلا نجمع بينهما فاذا اندملت اليسار قطعنا اليمين فان سرى قطع اليسار الى نفسه كانت هدراً ويجب في تركته دية اليمنى لتعذر الاستيفاء فيها بموته

من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعاً فمات الجاني والمستوفي فهما هدر . وقال ابوحنيفة يجب ضمان كل واحد منهما لان سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان فيسقطان ، وقال الشافعي إن مات المجني عليه أولا ثم مات الجاني كان قصاصاً لانه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني عليه ، وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر يكون موت الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية ، فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لاضمان فيه ، وعند ابي حنيفة يجب ضمان سرايته ، وعند الشافعي إن سرت الجناية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ماتقدم من الخلاف

(فصل) وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لانه اقتص بعد جواز الاقتصاص فعلى هذا لو قطع يد رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لانه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية فلا شيء له لانه استوفى بالقطع ماقيمته دية وهو يداه وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضاً شيء لان القصاص قد سقط بموته والدية لايمكن إيجابها لما ذكرنا ، وإن كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله إن كان حياً

(فصل) ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ أو اقتص ثم انتقض جرح المسلم فمات فلوليه قتل الكتابي والعفو إلى ارش الجرح وفي قدره وجهان

﴿ مسئلة ﴾ (وان أخرجها دهشة أو ظناً منه أنها تجزىء فعلى القاطع ديتها ان علم أنها يسار وأنها لاتجزىء ويعزر) .

وقال بعض الشافعية عليه القصاص لانه قطعها مع العلم بانه ليس له قطعها

ولنا أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم باذلها وان كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لانه بذلها له على وجه البذل فكانت مضمونة عليه لانه لو كان عالماً بها كانت مضمونة عليه وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كاتلاف المال والقصاص باق له في اليمين ولا يقتص حتى تندمل اليسار فان عفا وجب بدلها ويتقاصان وان سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بدية كاملة وقد تعذر قطع اليمين ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني ، فان اختلفا في بذلها فقال الجاني إنما بذلها بدلا عن اليمين ، وقال المجني عليه بذلتها بغير عوض أو قال أخرجتها دهشة قال بل عالماً فالقول قول الجاني لانه أعلم بنيته ، ولان الظاهر أن الانسان لايبذل طرفه للقطع تبرعاً مع أن عليه قطعا مستحقا ، وهذا مذهب الشافعي .

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان من عليه القصاص مجنونا مثل من يجن بعد وجوب القصاص عليه

(أحدهما) نصف الدية لانه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلماً

(والثاني) له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها ؛ وإن كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه إلى مال انبنى على الوجهين إن قلنا تعتبر قيمة اليهودي فله ههنا نصف الدية وإن قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له ههنا لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ، ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا إلى الدية لم يكن له شيء وجهاً واحداً لان دية ذلك دية مسلم ، ولو كان الجاني امرأة على رجل فالحكم على ماذكرنا سواء لان ديتها نصف دية الرجل

(فصل) اذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فلوليه قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية وأما الآخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع نقطعها من الرفق ثم عفا فله دية الاقدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لانه يأخذ صحيحة بمقطوعة وان قطع أيديهما وهما صحيحتان أو قطع رجلان يديه فقطع يديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليه العفو على الدية لانه قد استوفى ماقيمته دية وان اختار قتلهما فله ذلك

فعلى قاطعها القود ان كان عالما بها وانها لاتجزىء لانه قطعها تعديا بغير حق وان جهل أحدهما فعليه الدية لان بذل المجنون ليس بشبهة)

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان من له القصاص مجنونا ومن عليه القصاص عاقلا فأخرج اليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً) .

لانه لايصح منه الاستيفاء ولا يجوز البذل له ولا ضمان عليه لانه أتلفها ببذل صاحبها لكن ان كان المقطوع اليمنى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فتكون للمجنون ديتها

(فصل) فان وثب المجنون عليه فقطع يده التي لاقصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الاخرى وان قطع الاخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين ، لان حقه متعين فيها فاذا أخذها قهراً سقط حقه كما لو أتلف وديعته (والثاني) لايسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لان المجنون لايصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلفها لانها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فانها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الحكم في الصغير فان اقتصا مما لاتحمله العاقلة سقط حقهما وجهاً واحداً وقد ذكرناه

(فصل) الثالث استواؤهما في الصحة والكمال لان القصاص يعتمد المماثلة فلاتؤخذ صحيحة بشلاء

(فصل) ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملا وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الاستيفاء وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف: أما في النفس فلقول الله تعالى (فلا يسرف في القتل) وقتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون إسرافاً

وروى ابن ماجه باسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال ثنا معاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة ابن الصامت وشداد بن أوس قالوا ان رسول الله ﷺ قال «إذا قتلت المرأة عمداً لم تقتل حتى تضع مافي بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترجم حتى تضع مافي بطنها وحتى تكفل ولدها» وهذا نص ولان النبي ﷺ قال للغامدية المقرة بالزنا «ارجعي حتى تضعي مافي بطنك – ثم قال لها – ارجعي حتى ترضعيه» ولان هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافا

وأما القصاص في الطرف فلأ نا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية الى الجاني أو إلى زيادة في حقه فلأن نمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة اولى وأحرى. ولان في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام. وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبأ لان الولد لا يعيش إلا به في الغالب ثم ان لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أوان فطامه لما ذكرنا من الخبرين. ولانه لما أخر الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى إلا ان يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرره بالاستيفاء منها فيستوفى. وان وجد له مرضعة راتبة جاز قتلها لانه يستغنى بها عنها وان كانت مترددة أو جماعة يتناوبنه او أمكن أن يسقى من لبن شاة

ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا ذات اظفار بما لا اظفار لها ولا عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس، لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح باشل إلا ما حكي داود أنه أوجب ذلك لاشتراكهما في الاسم فاخذ به كالأذنين

ولنا أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه نفعه كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم يوجب القصاص في العينين مع قوله تعالى (والعين بالعين) لاجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له اربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لانها فوق حقه، وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف، وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لانه أخذ كامل بناقص، وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان؟ فان قلنا له أن يقتص فله الحكومة في الشلاء وارش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الاصابع الصحاح في قصاصها أو تجب به حكومة؟ فيه وجهان:

أو نحوها جاز قتلها ويستحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر لاختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة

(فصل) وإذا ادعت الحمل ففيه وجهان (أحدهما) تحبس حتى يتبين حملها لان للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ماادعته. ولانه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض (والثاني) ذكره القاضي انها ترى أهل الخبرة فان شهدن بحملها أخرت وان شهدن ببراءتها لم تؤخر لان الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها

(فصل) وان اقتص من حامل فقد أخطأ وأخطأ السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الاثم إن كانا عالمين أو كان منهما تفريط وان علم أحدهما أو فرط فالاثم عليه ثم ننظر فان لم تلق الولد فلا ضمان فيه لأنا لم نتحقق وجوده وحياته. وان انفصل ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش في مثله ففيه غرة وان انفصل حياً لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية، وعلى من يجب ضمانه؟ ننظر فان كان الامام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالامرين أو بأحدهما أو كان الولي عالماً بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لانه مباشر والحاكم الممكن له صاحب سبب ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب كان الضمان على المباشر دون المتسبب كالحافر مع الدافع، وان علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لان المباشر معذور فكان الضمان على المتسبب كالسيد إذا أمر عبده بالقتل والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء، وقال القاضي إن كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وإن كانا عالمين فالضمان على الحاكم لانه الذي يعرف الاحكام والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده. وان كانا جاهلين ففيه وجهان (أحدهما) الضمان على الامام كما لو كانا عالمين (والثاني) على الولي وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها ذكره ابن حامد لان الزائدة عيب ونقص في المعنى فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والجراح، واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لانها زيادة، فعلى هذا ان كان للمجني عليه أيضا أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما وان كانت في غير محلها ولم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني وهل يملك قطع الاصابع؟ ينظر فان كانت الزائدة ملصقة باحدى الاصابع فليس له قطع تلك الاصبع لان في قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الاصابع الأربع؟ على وجهين وان لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس؟ على وجهين، وان كانت الزائدة نابتة في أصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها وان كانت نابتة في السفلى أو الوسطى فله قطع مافوقها من الانامل في أحد الوجهين ويأخذ ارش الانملة التي تعذر قطعها في احد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق . وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لانه المباشر والسبب غير ملجيء فكان الضمان عليه كالحافر مع الدافع وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل . وقد ذكرنا مايقتضي التفريق والله أعلم

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء فلا قود)

لانعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أورجل أولسان صحيح بأشل الا ماحكي عن داود أنه أوجب ذلك لان كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه فيؤخذ به كالاذنين

ولنا أن الشلاء لانفع فيها سوى الجمال فلايؤخذ بها مافيه نفع كالصحيحة لاتؤخذ بالقائمة وماذكر له قياس وهو لايقول بالقياس وإذا لم نوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى (العين بالعين) لاجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لايجب ذلك فيما لانص فيه أولى

(فصل) وان قطع إذنا شلاء أو انفاً أشل فهل يؤخذ به الصحيح ؟ فيه وجهان (احدهما) لايؤخذ به كسائر الاعضاء (والثاني) يؤخذ به لان نفعه لايذهب بشلله فان نفع الاذن جمع الصوت ورد الهوام وستر موضع السمع ونفع الانف جمع الريح ورد الهواء أو الهوام فقد ساوى الصحيح في الجمال والنفع فوجب اخذ كل واحد منهما بالآخر كالصحيح بالصحيح بخلاف اليد والرجل وللشافعي قولان كالوجهين:

(فصل) وان قطع ذو يد لها اظفار يد من لا اظفار له لم يجز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة وان كانت المقطوعة ذات اظفار الا أنها خضراء أومستحشفة أخذت بها السليمة لان ذلك علة ومرض والمرض لايمنع القصاص بدليل انا نأخذ الصحيح بالسقيم

﴿مسئلة﴾ (ولا تؤخذ عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس ولا ذكر صحيح بأشل) لانها ليست مماثلة لها ولانه يأخذ أكثر من حقه فاشبهت اليد الصحيحة بالشلاء لا تؤخذ بها

﴿مسئلة﴾ (ولا يؤخذ ذكر فحل بذكر خصي ولاعنين)

ذكره الشريف وهو قول مالك لانه لامنفعة فيهما فان ذكر العنين لايوجد منه وطء ولاانزال والخصي لايولد له ولا يكاد يقدر على الوطء ولا ينزل فهما كالأشل ، ولان كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة بالكاملة، ويحتمل أن يؤخذ بهما قال أبو الخطاب يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين وهو مذهب الشافعي لانهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما غيرهما كذكر الفحل غير العنين وانما عدم الانزال لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر فلم يمنع ذلك

(فصل) ولا تؤخذ يد كاملة الاصابع بناقصة الاصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له اربع أوثلاث أو قطع من له اربع اصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لانها فوق حقه وهل له ان يقطع من اصابع الجاني بعدد اصابعه؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف وان قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها اصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز اخذ الصحيحة بها لانه اخذ كامل بناقص وفي الاقتصاص من الاصابع الصحاح وجهان فان قلنا له ان يقتص فله الحكومة في الشلاء وارش ماتحتها من الكف وهل يدخل ماتحت الاصابع الصحاح في قصاصها او تجب فيه حكومة؟ على وجهين

(فصل) وان قطع اليد الكاملة ذو يد فيها اصبع زائدة وجب القصاص فيها ذكره ابو عبد الله ابن حامد لان الزائدة عيب ونقص في المعنى يرد بها المبيع فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والخراج واختار القاضي أنها لاتقطع بها وهومذهب الشافعي لانها زيادة، فعلى هذا إن كان للمجني عليه أيضا أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجبا قصاص لاستوائها وان كانت في غير محلها أو لم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني، وهل يملك قطع الاصابع ؟ ننظر فان كانت الزائدة ملصقة بأحد الاصابع فليس له قطع تلك الاصبع لان في قطعها اضرارا بالزائدة وهل له قطع الاصابع الاربع ؟ على وجهين، وان لم تكن ملصقة بواحدة منهن فها . له قطع الخمس؟على وجهين وان كانت الزائدة نابتة في أصبع في أنملتها العليا لم يجز قطعها ، وإن كانت نابتة في السفلى أو

من القصاص بهما كأذن الاصم وانف الاخشم ، وقال القاضي لايؤخذ ذكر الفحل بالخصي لتحقق نقصه والاياس من برئه وفي أخذه بذكر العنين وجهان (أحدهما) يؤخذ به الصحيح لانه غير مأيوس من زوال عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخطأ ، والصحيح الاول لانه إذا ترددت الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص لان الاصل عدمه فلايجب بالشك سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عنته، ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

﴿مسئلة﴾ (الامارن الاشم الصحيح فانه يؤخذ بانف الاخشم الذي لا يشم)

لان ذلك لعلة في الدماغ والانف صحيح كما تؤخذ اذن السميع باذن الاصم لكون ذهاب السمع نقص في الرأس لانه محله وليس بنقص في الاذن، ويؤخذ الصحيح بالمخروم والمستحشف لان كونه مستحشفا مرض فلا يمنع من أخذه به لانه يقوم مقام الصحيح

﴿مسئلة﴾ (وتؤخذ أذن السميع باذن الاصم لما ذكرنا)

وتؤخذ الاذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ بها الصحيحة ؟ كاليد الشلاء وسائر الاعضاء والثاني تؤخذ بها لان المقصود جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الاعضاء

الوسطى فله قطع ما فوقها من الا نامل في أحد الوجهين ويأخذ أرش الانملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

(فصل) وإن قطع ذو يد لها اظفار يد من لا اظفار له لم يجز القصاص لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة، وان كانت المقطوعة ذات أظفار إلا انها خضراء أو مستحشفة أخذنا بها السليمة لان ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم

(مسئلة) قال (وان كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فشاء المظلوم أخذها فذلك له ولا شيء له غيرها ، وان شاء عفا وأخذ دية يده)

أما إذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي. وان اختار القصاص سئل أهل الخبرة فان قالوا انه إذا قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء إلى البدن فأفسده سقط القصاص لانه لا يجوز أخذ نفس بطرف وان أمن هذا فله القصاص لانه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والرجل من المرأة والحر من العبد وليس له مع القصاص ارش لان الشلاء كالصحيحة في الخلقة وانما نقصت في الصفة فلم يكن له ارش كالصور التي ذكرناها . وقال أبو الخطاب عندي له ارش مع القصاص على قياس قوله

﴿مسئلة﴾ (ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله إذا أمن من قطع الشلاء التلف)

إذا كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فان شاء المجني عليه أخذ الدية فله أخذ دية لا نعلم فيه خلافا لانه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي، وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فان قالوا إنه إذا قطع لم تنسد العروق ، ويدخل الهواء الى البدن فيفسده سقط القصاص لانه لا يجوز أخذ نفس بطرف، وان أمن هذا فله القصاص لانه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي والحر من العبد ولا يجب له مع القصاص ارش لان الشلاء كالصحيحة في الخلقة وانما نقصت في الصفة فلم يكن له ارش كالصورتين المذكورتين . واختار أبو الخطاب أن له الارش مع القصاص على قياس قوله في عين الاعور إذا قلعت لانه أخذ الناقص بالزائد والاول أصح ، وهو اختيار الخرقي فان إلحاق هذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس

(فصل) وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لان الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداها بالاخرى كالصحيحة بالصحيحة

في عين الاعور والاول أصح فان الحاق هذا الفرع بالاصول المتفق عليها أولى من الحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الاصول مخالف للقياس

(فصل) وتؤخذ الشلاء بالشلاء اذا أمن في الاستيفاء الزيادة ، وقال أصحاب الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لان الشلاء علية والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما

ولنا أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالاخرى كالصحيحة بالصحيحة

(فصل) وتؤخذ الناقصة بالناقصة اذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجنى عليه لانهما تساوتا في الذات والصفة، فاما ان اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الابهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجز القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت يد أحدهما ناقصة أصبعا والاخرى ناقصة تلك الاصبع وأخرى جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعا وهل له أرش أصبعه الزائدة؟ فيه وجهان ولا يجوز أخذ الاخرى بها لان الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

(فصل) ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة لانها دون حقه وهل له أخذ دية الاصابع الناقصة ؟ على وجهين (أحدهما) له ذلك وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد

(والثاني) ليس له مع القصاص ارش . وهو مذهب ابي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد ، وقال القاضي قياس قوله سقوط القصاص كقوله فيمن

﴿مسئلة﴾ وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه)

لانهما تساوتا في الذات والصفة ، فان اختلفا فكان المقطوع من يد احدهما الابهام ومن الاخرى أصبع غيرها لم يجب القصاص لان فيه أخذ أصبع بغيرها وان كانت إحداهما ناقصة أصبعاً والاخرى ناقصة تلك الاصبع وغيرها جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعاً وهل له أخذ أصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان . ولا يجوز أخذ الاخرى بها لان الكاملة لاتؤخذ بالناقصة

﴿مسئلة﴾ (وتؤخذ الناقصة بالكاملة لانها دون حقه وهل له أخذ دية الاصابع الناقصة؟ على وجهين) .

(احدهما) له ذلك وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد (والثاني) ليس له مع القصاص ارش . وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد

وقال القاضي قياس قوله سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس هذا كذلك لانه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة او كان رأس الشاج أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ، ويفارق القاطع من نصف الذراع لانه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

قطعت يده من نصف الذراع وليس كذلك لانه يقتص من موضع الجناية ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاج أصغر أو اخذ الشلاء بالصحيحة، ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه اقتصاص من موضع الجناية . هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

(فصل) وإن كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين وفي يد المجنى عليه أصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لاعبرة بالزائدة لانها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين ، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص في الصورة الاولى لان الاصلية لاتؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لان الزائدة لاعبرة بها ، وقال غيره ان لم تكن الزائدة في محل الاصلية فلا قصاص أيضاً لان الاصبعين مختلفتان، وإن كانت في محل الاصلية فقال القاضي يجري القصاص وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة، وهذا فيه نظر فانها متى كانت في محل الاصلية كانت أصلية لان الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل الاصابع ،وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية، فان قالوا معنى كونها زائدة انها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع ،قلنا ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العنين، وأما ميلها عن

(فصل) وان كانت يد القاطع والمجنى عليه كاملتين وفي يد المجني عليه اصبع زائدة فعلى قول ابن حامد لاعبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخراج والسلعة وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين،وان قطع من له خمس اصابع اصلية كف من له اربع اصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس اصابع اصلية فلا قصاص في الصورة الاولى لان الاصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لان الزائدة لا عبرة بها ، وقال غيره ان لم تكن الزائدة في محل الاصلية فلا قصاص أيضا لان الاصبعين مختلفان ، وان كانت في محل الاصلية فقال القاضي يجري القصاص وهو مذهب الشافعي ولا شيء له لنقص الزائدة، قال شيخنا وهذا فيه نظر لأنها متى كانت في محل الاصلية كانت أصلية لان الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل الاصابع وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية ، فان قالوا معنى كونها زائدة انها ضعيفة مائلة عن سمت الاصابع،قلنا ضعفها لايوجب كونها زائدة كذكر العنين وأما ميلها عن سمت الاصابع فانها ان لم تكن نابتة من محل الاصبع المعدومة فسد قولهم انها في محلها وان كانت نابتة في موضعها وانما مال رأسها أو اعوجت فهو مرض لايخرجها عن كونها اصلية

(فصل) اذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص على ماتذكره في سراية الجناية وان بادر صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسري الى سائر جسده ثم اندمل

الاصابع فانها ان لم تكن نابتة في محل الاصبع المعدومة فسد قولهم انها في محلها وإن كانت نابتة في موضعها وانما مال رأسها واعوجت فهذا مرض لايخرجها عن كونها أصلية

(فصل) واذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل ففيها القصاص وإن بادرها صاحبها فقطعها من الكوع لئلا تسري إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص في الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه فيما قطعه المجني عليه لانه تلف بفعله، وإن لم يندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لايجب بحال لان فعل المجني انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وإن قطع المجني عليه موضع الاكلة نظرت فان قطع لحماً ميتاً ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لانه سراية جرحه خاصة، وإن كان في لحم حي فمات فالحكم فيه كما لو قطعها خوفا من سرايتها

(فصل) واذا قطع أنملة لها طرفان احداهما زائدة والأخرى أصلية فان كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضاً أخذت بها، وإن لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين أخذت بها في قول ابن حامد وعلى قول غيره لاقصاص فيها وله دية أنملة، وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء، وان قال أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لان القصاص حقه. فلا يجبر على تعجيل استيفائه

جرحه، فعلى الجاني القصاص في الاصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه في قطعه المجني عليه لانه تلف بفعله، وان لم تندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل وجوب القصاص عليه ويحتمل ان لايجب بحال لان فعل المجني عليه انما قصد به المصلحة فهو عمد الخطاء وشريك الخاطىء لاقصاص عليه ويكون عليه نصف الدية، وان قطع المجني عليه موضع الاكلة نظرت فان قطع لحماميتا ثم سرت الجناية فالقصاص على الجاني لانه سراية جرحه خاصة وان كان في لحم حي فمات فهو كما لو قطعها خوفا من سرايتها وقد ذكرناه

(فصل) اذا قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائده والاخرى أصلية فان كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضا اخذت بها وان لم تكن ذات طرفين قطعت وعليه حكومة في الزائدة وان كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع ذات طرفين اخذت بها في قول ابن حامد، وعلى قول غيره لاقصاص فيها وله دية أنملة وان ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء وان قال انا أصبر حتى يذهب الزائد ثم اقتص فله ذلك لانه القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في شلل العضو وصحته فالقول قول المجني عليه في أحد الوجهين)

لان الظاهر من الناس سلامة الاعضاء وخلق الله تعالى لهم صفة الكمال، والثاني القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته من دية عضو سالم ولانه لو كان سالما لم يخف لانه يظهر فيراه الناس

(فصل) ولو قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث فللاول القصاص من العليا ثم للثاني أن يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا دفعة واحدة أو واحداً بعد واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاقصاص الا في العليا لانه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية ثم صار مكافئاً بعده

ولنا أن تعذر القصاص لايصال محله بغيره لايمنعه اذا زال الاتصال كما لوجنت الحامل ويفارق عدم التكافؤ لانه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به ، فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطالب القصاص قبل صاحب العليا لم يعطه لان في استيفائه اتلاف أنملة لايستحقها وقيل لهما إما أن تصبرا حتى تعلما مايكون من الاول فان اقتص فلكما القصاص وان عفا فلا قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فاذا جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الاول ، وان عفا فلهما العقل فان قالا نحن نصبر وننتظر بالقصاص ان تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم يمنعا من ذلك ، وان قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع الى صاحب العليا وان قطع الاصبع كلها فعليه القصاص في الانملة الثالثة وعليه ارش العليا للأول وارش السفلى على الجاني لصاحبها وان عفا الجاني عن قصاصها وجب ارشها يدفعه اليه ليدفعه إلى المجنى عليه

(فصل) قال رحمه الله وان قطع بعض لسانه أو مارنه او شفته أو حشفته او أذنه اخذ مثله يقدر بالاجزاء كالنصف والثلث والربع لقول الله تعالى (والجروح قصاص) وقال أبو الخطاب لا يؤخذ بعض اللسان بالبعض ذكره صاحب المحرر

ولنا انه يؤخذ جميعه بجميعه فأخذ بعضه ببعضه كالانف ولا يؤخذ بالمساحة لانه يفضى الى أخذ لسان الجاني جميعه ببعض لسان المجني عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر بعض سنه برد من سن الجاني مثله اذا أمن قلعها)

يجري القصاص في بعض السن لحديث الربيع حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص ويقدر ذلك بالاجزاء النصف بالنصف وكل جزء بمثله ولا يؤخذ بالمساحة ليلا يفضي الى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن المجني عليه ويكون القصاص بالمبرد لتؤمن الزيادة فاما لو أخذناها بالكسر لم نأمن أن ينصدع أو ينقلع أو ينكسر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يقول أهل الخبرة انه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لان توهم الزيادة يمنع القصاص في الاعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل فان قيل فقد أجزتم القصاص في الاطراف مع توهم سرايتها الى النفس فلم منعتم منها لتوهم السراية منه الى بعض العضو قلنا وهم السراية الى النفس لاسبيل الى التحرز منه فلو اعتبرناه في المنع أفضى الى

(فصل) وان قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الاصبع فللأول قطع العليا لان حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى ويأخذ ارش العليا منه فان بادر الثاني فقطع الانملتين فقد استوفى حقه وتعذر استيفاء القصاص للأول وله الارش على الجاني، وان كان قطع الانملتين أولا قدمنا صاحبهما في القصاص للاول وله الارش على الجاني، وان بادر صاحبها فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول ويأخذ الارش للعليا، ولو قطع أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فان عفا الى الدية تقاصا وتساقطا لان ديتهما واحدة. وان اختار الجاني القصاص فله ذلك ويدفع ارش العليا ويجيء على قول أبي بكر أن لا يجب القصاص لان ديتها واحدة واسم الانملة يشملها فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الاخرى

(مسألة) قال (واذا قتل وله وليان بالغ وطفل أو غائب لم يقتل حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل)

وجملته أن ورثة القتيل اذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء القود الا باذن الباقين فان كان بعضهم غائباً انتظر قدومه ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وان كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر مذهب احمد رحمه الله أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ

سقوط القصاص في الاطراف بالكلية فسقط اعتباره اما السراية الى بعض العضو فتارة نقول انما يمنع القصاص فيها احتمال الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي من بعض الذراع فانه يحتمل أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سنا ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه وصدعها أو قطعها أو كسر أكثر مما كسر من سنه فقد زاد على المثل والقصاص يعتمد المماثلة وتارة نقول ان السراية في بعض العضو انما تمنع اذا كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بآلة كالة او مسمومة وفي وقت افراط الحر والبرد تحرزا من السراية

(فصل) وان قلع سنا زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الاسنان خارجة عنها الى داخل الفم أو الى الشفة وكانت للجاني مثلها في موضعها فللمجني عليه القصاص أو حكومة في سنه وان لم يكن له مثلها في محلها فليس له الا الحكومة وان كانت احدى الزائدتين أكبر من الاخرى ففيه وجهان (احدهما) لا تؤخذ بها لان الحكومة فيها أكثر فلا يقلع بها ماهو أقل قيمة منها (والثاني) تؤخذ بها لانهما سنان متساويتان في الموضع فتؤخذ كل واحدة منهما بالاخرى كالاصليتين ولان الله تعالى قال (والسن بالسن) وهو عام فيدخل فيه محل النزاع وان قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبد وبين الذكر والانثى في النفس والاطراف على ان كبر السن لا يوجب كبر قيمتها فان السن الزائدة نقص

الصغير ويفيق المجنون وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف واسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله . وعن احمد رواية أخرى: للكبار العقلاء استيفاؤه ، وبه قال حماد ومالك والاوزاعي والليث وابو حنيفة لان الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصاً وفي الورثة صغار فلم ينكر ذلك ، ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية

ولنا انه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا كما لو كان بين حاضر وغائب أو أحد بدلي النفس فلم ينفرد به بعضهم كالدية ، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور (أحدها) أنه لو كان منفرداً لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفرداً كولاية النكاح (والثاني) أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقاً عند الموت لم يكن مستحقاً بعده كالرقيق اذا عتق بعد موت أبيه (والثالث) أنه لو صار الامر الى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالاجنبي (الرابع) أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه كسائر مالم يستحقه فأما ابن ملجم فقد قيل انه قتله بكفره لانه قتل عليا مستحلا لدمه معتقداً كفره متقربا بذلك إلى الله تعالى ، وقيل قتله لسعيه في الارض بالفساد واظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتل وقتله متحتم وهو إلى الامام والحسن هو الامام ولذلك لم ينتظر

وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لا في القيمة ولان كبر السن الاصلية لا يزيد في قيمتها فالزائدة كذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يقتص من السن حتى يؤيس من عودها وهي سن من قد أثغر اي سقطت رواضعه ثم نبتت فان قلع سن من لم يثغر لم يقتص من الجاني في الحال لانها تعود بحكم العادة فلم يجب ضمانها كالشعر

﴿ مسئلة ﴾ (فان عاد بدل السن على صفتها في موضعها فلا شيء على الجاني وان مضى زمن عودها ولم تعد سئل اهل الخبرة فان قالوا قد يئس من عودها خير المجني عليه بين القصاص وبين دية السن

(مسئلة) (وان مات المجني عليه قبل الاياس من عودها فلا قصاص)

لان الاستحقاق غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درء القصاص وتجب الدية لان القطع موجود والعود مشكوك فيه

(مسئلة) (فان قطع سن كبير فقال القاضي يسأل اهل الخبرة) فان قالوا لا تعود فله القصاص في الحال وان قالوا يرجى عودها الى وقت معلوم لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت فان لم تعد وجب القصاص

(مسئلة) (وان اقتص من سن فعادت غرم سن الجاني لانه قد تبين ان القصاص لم يكن يجب ويضمنها بالدية دون القصاص لانه لم يقصد التعدي وان عادت سن الجاني رد ما أخذ اذا لم تعد سن المجني عليه

(مسئلة) (وان عادت سن المجني عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجاني أرش نقصها بالحساب)

الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وان قدر أنه قتله قصاصاً فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض

(فصل) وان كان الوارث واحداً صغيراً كصبي قتلت أمه وليست زوجة لابيه فالقصاص له وليس لابيه ولا غيره شفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس وذكر أبو الخطاب في موضع في الاب روايتين وفي موضع وجهين (أحدهما) كقولنا لان القصاص أحد بدلي النفس فكان للاب استيفاؤه كالدية

ولنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولان القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فان الغرض يحصل باستيفاء الاب له فافترقا ولان الدية انما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فانه يجوز العفو إلى الدية والصلح على مال أكثر منها وأقل ، والديه بخلاف ذلك

(فصل) وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها . فان قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين ؟ قلنا لان في تخليته تضييعاً للحق فانه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين

في نصفها نصف ديتها ونحو ذلك وان عادت والدم يسيل منها أو مائلة عن محلها ففيها حكومة لانه نقص حصل بفعله ، وقد ذكرنا هذه المسائل في مسئلة ويؤخذ السن بالسن

(فصل) قال رحمه الله النوع الثاني الجراح فيجب القصاص في كل جرح ينتهي الى عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم لقول الله تعالى (والجروح قصاص) فيجب في كل جرح ينتهي إلى عظم يمكن استيفاؤه من غير زيادة كالموضحة في الرأس والوجه وذلك لان الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي إلى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والفخذ والساق يجب فيها القصاص في قول أكثر أهل العلم وهو منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه لاقصاص فيها لانه لامقدر فيها وهو غير صحيح لمخالفته قوله تعالى (والجروح قصاص) ولانه أمكن استيفاؤه بغير حيف ولازيادة لكونه ينتهي إلى عظم فأشبه الموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعا وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه .

(فصل) ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بآلة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو بغيرها ، لان القتل إنما استوفي بالسيف لانه آلته وليس ثم شيء يخشى التعدي اليه

المعسر من وجوه أحدها أن قضاء الدين لايجب مع الاعسار فلا يحبس بما لايجب والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى (الثاني) أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس (الثالث) أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه فاذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفا رشيداً ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا لان في القصاص حقاً للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد انسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه ولو كان القصاص في لحي طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لان الكفالة لاتصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر احضار المكفول به ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحد ولان فيه تغريراً بحق المولى عليه فانه ربما خلي سبيله فهرب فضاع الحق

(فصل) فان قتله بعض الاولياء بغير اذن الباقين لم يجب عليه قصاص وبهذا قال ابو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي والقول الاخير عليه القصاص لانه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص باتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد

ولنا انه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها ولانه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالاصل ويفارق إذا قتل الجماعة واحداً فانا

فيجب أن يستوفى فيما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة إلى محل لايجوز استيفاؤه ولانا منعنا القصاص بالكاية فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فان كان الجرح موضحة أو ماأشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفي إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه، فان لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستنابة ، وان كان له علم فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لانه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن كالقتل ويحتمل أن لايمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الامام أو من يستنيبه ولي الجناية وهو مذهب الشافعي لانه لايؤمن مع العداوة وقصد التشفي أن يحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف بأن يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي

﴿ مسئلة ﴾ (ولا يجب القصاص فيما سوى ذلك من الشجاج والجروح كما دون الموضحة أو أعظم منها وممن روي عنه منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن وأبو عبيد وأصحاب الرأي ومنعه فيما فوقها عمر بن عبدالعزيز وعطاء والنخعي والزهري والحكم وابن شبرمة والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً أوجب القصاص فيما فوق الموضحة إلا ما روي عن ابن

لانوجب القصاص بقتل بعض النفس وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ههنا

إذا ثبت هذا فإن للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لان حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبه مالو مات القاتل أو عفا بعض الاولياء، وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أوفي تركة الجاني ؟ فيه وجهان وللشافعي قولان (أحدهما) يرجع على قاتل الجاني لانه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثاني) يرجع في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص، وقولنا أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبياً ويفارق الوديعة فانها مملوكة لها فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجني عليه وإنما له عليه حق فأشبه مالو قتل غريمه، فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على قاتله بديةموروثهم إلا قدر حقه منها . فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان فقتلها أحدهما بغير اذن الآخر فللآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتها على قاتلها وهو ربع دية الرجل

وعلى الوجه الاول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لانه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لان أخاه الذي قتلها أتلف جميع الحق . وهذا يدل على ضعف هذا الوجه . ومن فوائده أيضاً صحة ابراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته

الزبير أنه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه، قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً خالف ذلك ولانها جراحات لاتؤمن الزيادة فيها فأشبه الجائفة وأما مادون الموضحة فقد روي عن مالك أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسمحاق وروي نحوه عن أصحاب الرأي

ولنا أنها جراحة لاتنتهي إلى عظم فلم يجب فيها قصاص كالجائفة ولانه لايؤمن فيها الزيادة فأشبه كسر العظام وبيان ذلك أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى الى أن يأخذ أكثر من حقه وان اعتبر مقدار العمق أفضى الى أن يقتص من الباضعة والسمحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا لانه قد يكون لحم المشجوج كثيراً بحيث يكون عمق باضعته كعمق موضحة الشاج أو سمحاقه ولاننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها

(فصل) ولا قصاص في المأمومة من شجاج الرأس ولا في الجائفة، والمأمومة هي التي تصل الى جلدة الدماغ والجائفة هي التي تصل الى الجوف وليس فيهما قصاص عند احد من أهل العلم نعلمه الا ماروي عن ابن الزبير أنه أقص من المأمومة فانكر الناس عليه وقالوا ماسمعنا أحداً أقص منها قبل ابن الزبير، وروي عن علي رضي الله عنه لاقصاص في المأمومة وهو قول مكحول والزهري والشعبي وقال عطاء والنخعي لاقصاص في الجائفة، وروى ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبد المطلب

فان قلنا يرجع على ورثة الجاني صح ابراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل موروثهم بقسط أخيه العافي وان قلنا يرجع على تركة الجاني وله تركة فله الأخذ منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم وان قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسراً أو معسراً

« مسئلة » قال (ومن عفا من ورثة المقتول عن القصاص لم يكن الى القصاص سبيل وان كان العافي زوجا أو زوجة)

أجمع أهل العلم على اجازة العفو عن القصاص وانه أفضل والاصل فيه الكتاب والسنة: أما الكتاب فقول الله تعالى في سياق قوله (كتب عليكم القصاص في القتلى : فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) وقال تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ الى قوله ـ والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له) قيل في تفسيره فهو كفارة للجاني يعفو صاحب الحق عنه . وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته . وأما السنة فان أنس بن مالك قال ما رأيت رسول الله ﷺ رفع اليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو . رواه أبو داود . وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص فعفا القوم

عن النبي ﷺ أنه قال «لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة» ولانهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام »

﴿ مسئلة ﴾ (إلا أن تكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص موضحة بغير خلاف بين أصحابنا) .

وهو مذهب الشافعي لانه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فانه إنما وضع السكين في موضع وضعها الجاني ، لان سكين الجاني وصلت إلى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فانه لم يضع سكينه في الكوع .

﴿ مسئلة ﴾ (ولا شيء له مع القصاص على قول أبي بكر)

لانه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة وكما في الانفس إذا قتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر ، وقال ابن حامد له ما بين دية موضحة ودية تلك الشجة ، وهو مذهب الشافعي لانه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل كما لو قطع أصبعيه فلم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة وفارق الشلاء بالصحيحة فان الزيادة ثم من حيث المعنى وليست متميزة بخلاف مسئلتنا فيأخذ في الهاشمة خمساً من الابل وفي المنقلة عشرا

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر قدر الجرح بالمساحة فلو أوضح إنساناً في بعض رأسه مقدار ذلك البعض جميع رأس الشاج وزيادة كان له أن يوضحه في جميع رأسه وفي الأرش الزائد وجهان)

إذا ثبت هذا فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والاسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ولم يبق لأحد اليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والنخعي والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة والشافعي ، وروي معنى ذلك عن عمر وطاوس والشعبي . وقال الحسن وقتادة والزهري وابن شبرمة والليث والاوزاعي: ليس للنساء عفو ، والمشهور عن مالك انه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لانه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح . ولهم وجه ثالث انه لذوي الانساب دون الزوجين لقول النبي ﷺ « من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل » وأهله ذوو رحمة

وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ، وقيل هو رواية عن مالك لان حق غير العافي لا يرضى باسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا عموم قوله عليه السلام « فأهله بين خيرتين » وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي ﷺ « من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في أهلي وما علمت على أهلي الا خيراً ، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه الا خيراً وما كان يدخل على أهلي الا معي » يريد عائشة . وقال له أسامة يارسول الله أهلك ولا نعلم الا خيراً . وروى زيد بن وهب أن عمر أتي برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي ، فقال عمر الله أكبر

وجملة ذلك انه إذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فان كان على موضعها شعر أزاله ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم طولها وعرضها بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها إلى آخرها فيأخذ مثل الشجة طولا وعرضاً ولا يراعي العمق لان حده العظم ولو روعي لتعذر الاستيفاء ، لان الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى الطرف بمثله وان اختلفا في الصغر والكبر والرقة والغلظة فان كان رأس الشاج والمشجوج سواء استوفى قدر الشجة وان كان رأس الشاج أصغر لكنه يتسع للشجة استوفيت وان استوعبت رأس الشاج كله لانه استوفاها بالمساحة ولا يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني لان الجميع رأس وان كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فانه يستوفي الشجة في جميع رأس الشاج ولا يجوز أن ينزل إلى جبهته لانه يقتص في عضو آخر غير العضو المجني عليه ولا ينزل الى قفاه لما ذكرنا ولا يستوفي بقية الشجة في موضع آخر من رأسه لانه يكون مستوفياً موضحتين واضعاً للحديدة في غير الموضع الذي وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فماذا يصنع ؟ فذكر القاضي ان ظاهر كلام أبي بكر أنه لا أرش له فيما بقي كيلا يجمع بين قصاص ودية في جرح واحد ، وهذا مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشاج ولا أرش له وبين العفو إلى دية موضحة ، وقال ابن حامد وبعض أصحابنا

عتق القتيل رواه ابو داود ، وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها فاستعدى إخوتها عمر فقال بعض إخوتها قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية

وروى قتادة أن عمر رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود ماتقول ؟ قال انه قد أحرز من القتل فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علماً .والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ماذكرناه في مسئلة القصاص بين الصغير والكبير، ولان من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة فاذا عفا بعضهم صح عفوه كعفوه عن سائر حقوقه وزوال الزوجية لايمنع استحقاق القصاص كما لم يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة، ومتى ثبت انه حق مشترك بين جميعهم سقط باسقاط من كان من أهل الاسقاط منهم لان حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فاذا سقط سقط جميعه لأنه مما لايتبعض كالطلاق والعتاق ، ولان القصاص حق مشترك بينهم لايتبعض مبناه على الدرء والاسقاط فاذا أسقط بعضهم سرى الى الباقي كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط باسقاطها كالرجل ، ومتى عفا أحدهم فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقاً أو الى الدية وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ولا أعلم لهما مخالفاً ممن قال بسقوط القصاص وذلك لان حقه من القصاص سقط بغير رضاه فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه

(فصل) فان قتله الشريك الذي لم يعف عالماً بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص

له أرش مابقي وهو مذهب الشافعي ، لان القصاص تعذر فيما جنى عليه فكان له أرشه كما لو تعذر في الجميع ،فعلى هذا تقدر شجة الجاني من الشجة في رأس المجني عليه ويستوفى أرش الباقي فان كانت بقدر ثلثيها فله أرش ثلث موضحة وان زادت على هذا أو نقصت فبالحساب من أرش الموضحة ولا يجب له أرش موضحة كاملة لئلا يفضي إلى ايجاب القصاص ودية موضحة وان أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحة من أي الطرفين شاء لانه جنى عليه في ذلك الموضع كله وان استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر،فاذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص في موضع الاندمال لانه موضع الجناية ، وان ادعى الخطأ فالقول قوله لانه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة ، فان قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدواناً لم يجب فيها الا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة قلنا لان المستوفى لم يكن جناية انما الجناية الزائد،والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك اذا كان معه ماليس بجناية بخلاف ما اذا كانت كلها عدواناً فان الجميع جناية واحدة

(فصل) إذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأراد أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره منع من ذلك لانه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة ، ويحتمل

سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وبهذا قال ابو حنيفة وابو ثور وهو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لايجب القصاص لان له فيه شبهة لوقوع الخلاف

ولنا انه قتل معصوما مكافئاً له عمداً يعلم انه لاحق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم والاختلاف لايسقط القصاص فانه لو قتل مسلماً بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله ، وأما ان قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه عليه القصاص لانه قتل عمد عدوان لمن لاحق له في قتله

ولنا انه قتله معتقداً ثبوت حقه فيه مع أن الاصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل اذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو او لم يحكم به لان الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده ، وقال الشافعي متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم وقد بينا الفرق بينهما ، ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذوراً وإما للعفو عن القصاص فانه يسقط عنه منها ماقابل حقه على القاتل قصاصاً ويجب عليه الباقي فان كان الولي عفا الى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليهم ، وان كان عفا الى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية ، وقيل فيه ان حق العافي من الدية على القاتل لايصح لان الحق لم يبق متعلقاً بعينه وانما الدية واجبة في ذمته فلم تنتقل الى القاتل كما لو قتل غريمه

الجواز لانه لايجاوز موضع الجناية ولا قدرها ، فان قال أهل الخبرة إن في ذلك زيادة ضرر أوشين لم يجز ولأصحاب الشافعي كهذين القولين، فان كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجها واحداً لانه ترك الاستيفاء مع امكانه ، وان عفا الى الارش فله أرش موضحتين ، وان شاء اقتص من إحداهما وأخذ أرش الاخرى

(فصل) فان كانت الجناية في غير الرأس والوجه وكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد إلى العضد وان كانت في الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لانه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس الى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس

(فصل) اذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضا شجة لايتسع لها مثل موضعها من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الاذنين لكونه يتسع لمثل تلك الشجة ففيه وجهان (أحدهما) لايجوز لانه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجز له الاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل الشجة ، واحتمل الجواز لان الرأس عضو واحد فاذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته

(فصل) فان كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو إلى مال وبهذا قال عكرمة والثوري ومالك والشافعي وابن المنذر . وروي عن الحسن تؤخذ منه الدية ولا يقتل. وقال عمر بن عبد العزيز الحكم فيه إلى السلطان

ولنا قوله تعالى (فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم) قال ابن عباس وعطاء والحسن وقتادة في تفسيرها أي بعد أخذه الدية . وعن الحسن عن جابر بن عبدالله قال قال رسول الله ﷺ «لا أعفي من قتل بعد أخذه الدية » ولانه قتل معصوما مكافئاً فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن قتل

(فصل) وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم تلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور . وقال مالك والليث والاوزاعي يضرب ويحبس سنة

ولنا انه انما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ

(فصل) وإذا وكل من يستوفي القصاص صح توكيله نص عليه أحمد رحمه الله ، فان وكله ثم غاب وعفا عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فان كان عفوه بعد القتل لم يصح لان حقه قد استوفي وان كان قتله وقد علم الوكيل به فتمد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء .وان قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر لاضمان على الوكيل لانه لاتفريط منه فان العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه . وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان (أحدها) لاضمان عليه لان عفوه غير صحيح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل

جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز اتمام استيفائها من مؤخر رأس الجاني ، وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد ، وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهاً واحداً

(فصل) قال (وإذا اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح موجب للقصاص وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديدة على يده ويتحاملوا عليها جميعاً حتى تبين فعلى جميعهم القصاص في أشهر الروايتين وهي التي ذكرها الخرقي)

وبذلك قال مالك وأبو ثور وقال الحسن والزهري والثوري وأصحاب الرأي وابن المنذر لا يقطع يدان بيد واحدة وهي الرواية الاخرى لانه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الاطراف لا تؤخذ بطرف واحد لان الاطراف يعتبر التساوي فيها بدليل انا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الاصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يميناً بيسار ولا يساراً بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فانا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الاطراف بمقطوعها وأشلها ولانه يعتبر في القصاص في الاطراف التساوي في نفس

مستحقاً له فلم يلزمه ضمان ولان العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان (والثاني) عليه الضمان لان قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لاذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الآمر كما لو أمر عبده الاعجمي بقتل معصوم

وقال غير أبي بكر في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين في الوكيل هل ينعزل بعزل الموكل أو لا ؟ وللشافعي قولان كالوجهين ، فان قلنا لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لانه قتل من يجب قتله بأمر يستحقه . وان قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لان الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربياً ، وتجب الدية على الوكيل لانه لو علم لوجب عليه القصاص فاذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتداً قد أسلم قبل علمه باسلامه ويرجع بها على الموكل لانه غره بتسليطه على القتل بتفريطه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة او تزوج معيبة. ويحتمل ان لا يرجع عليه لان العفو احسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه فعلى هذا تكون الدية على عاقلة الوكيل وهذا اختيار أبي الخطاب لان هذا جرى مجرى الخطأ فأشبه مالو قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده حربياً

وقال القاضي هو في مال الوكيل لانه عن عمد محض وهذا لا يصح لانه لو كان عمداً محضا لأوجب القصاص ، ولانه يشترط في العمد المحض ان يكون عالماً بحال المحل وكونه معصوما ولم يوجد هذا ، وان قال هو عمد الخطأ فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقي ودل عليه خبر المرأة التي قتلت جاريتها وجنينها بمسطح فقضى النبي ﷺ بالدية على عاقلتها ، واختلف أصحاب الشافعي على هذين

القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب الآخر لم يجب القصاص بخلاف النفس ولان الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيراً فوجب القصاص زجراً عنه كي لا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل والاشتراك المختلف فيه لا يقع الا في غاية الندرة فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولان ايجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد وايجابه على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك الا عن صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف فايجاب القصاص الزجر عنها يكون منعاً لشيء لا يكاد يقع لصعوبته واطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس ، يحققه أن وجوب القصاص في الطرف والنفس على الجماعة بواحد على خلاف الاصل لكونه أخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثل المنصوص على النهي عما عداه ، وإنما خولف هذا الاصل زجراً عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالبا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولان النفس أشرف من الطرف ولا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على مادونها بذلك

ولنا ما روي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاءا بآخر فقالا

الوجهين فعلى قول القاضي ان كان الموكل عفا الى الدية فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس للموكل مطالبة الوكيل بشيء، فان قيل فقد قلتم فيما اذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبته به في وجه، قلنا ثم أتلف حقه فرجع ببدله عليه وههنا أتلفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا، وان قلنا ان الوكيل يرجع على الموكل احتمل أن تسقط الديتان لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفا لكل واحد منهم بغير فائدة، ويحتمل أن يجب ذلك لان الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه وانما تتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ماله عليه، ولانه قد تكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني ديته من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية وليه ثم يرد الموكل الى الوكيل قدر ما غرمه، وان أحال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بدية وليهم صح، فان كان الجاني أقل دية مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها احالة الموكل بديتها لانه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعا ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه، وان كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني احالة الموكل بدية المرأة لان الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل

(فصل) وإذا جني على الانسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات لم يجب القصاص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكي عن مالك أن القصاص واجب لان الجناية صارت نفسا ولم يعف عنها

هو السارق وأخطأنا في الاول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية يد الاول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدا قطع يد واحدة، ولانه أحد نوعي القصاص فيؤخذ فيه الجماعة بالواحد كالأنفس، وأما اعتبار التساوي فانه في الانفس فانا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلماً بكافر ولا حراً بعبد، وأما أخذ صحيح الاطراف بمقطوعها فلان الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وانما يؤخذ تبعا ولذلك كانت ديتها واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فان ديتها مختلفة، وأما اعتبار التساوي في الفعل فانما اعتبر في اليد لانه يمكن مباشرتها بالقطع فاذا قطع كل واحد منهما من جانب فان فعل كل واحد منهما متميزاً عن فعل الآخر فلا يجب على انسان قطع محل لم يقطع مثله، وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وانما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه اليها فيزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لا يستوفي من الطرف الا في المفصل الذي قطع الجاني منه ولا يجوز تجاوزه في النفس لو قتله بجرح في جنبه أو بطنه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العنق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه. إذا

ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الاولياء ، ولان الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها فعلى هذا إن كان عفا على مال فله الدية كاملة ، وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجراح الذي عفا عنه وبهذا قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة لان الجناية صارت نفساً وحقه في النفس لافيما عفا عنه ، وإنما سقط القصاص للشبهة ، وإن قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لان الجناية لا تختص بالقطع ، وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لايجب شيء وبه قال أبو يوسف ومحمد لانه قطع غير مضمون فكذلك سرايته

ولنا أنها سراية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونه كما لو لم يعف وانما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه نصف الدية لان الجناية أوجبت نصف الدية فاذا عفا سقط ما وجب دون مالم يجب فاذا صارت نفساً وجب بالسراية نصف الدية ولم يسقط أرش الجرح فيما اذا لم يعف وانما تكملت الدية بالسراية

(فصل) فان كان الجرح لاقصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى الى النفس فلوليه القصاص لان القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وانما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية ، وان عفا عن دية الجرح صح وله بعد السراية دية النفس الا أرش الجرح ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لايجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يداً فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو الا

ثبت هذا فان الجناية إنما تجب على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم من فعل الآخر اما بان شهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع ثم يرجعوا عن الشهادة أو يكرهوا انسانا على قطع طرف فيجب قطع المكرهين والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يداً أو يقلعوا عيناً بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل يتحاملوا عليها جميعاً أو يمدوها فتبين ونحو ذلك

(مسألة) (وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل واحد من جانب فلا قصاص عليهم رواية واحدة)

لان كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها وإن كان فعل كل واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

(مسألة) (وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية)

سراية الجناية مضمونة بغير خلاف لانها أثر جناية والجناية مضمونة فكذلك أثرها ثم ان سرت إلى النفس أو ما لا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن هشمه في رأسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس، وفي ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى ، وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالاتلاف مثل أن قطع أصبعاً فتآكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص أيضا في قول امامنا

على نصف الدية ، وان قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبي بكر لايسقط القصاص في النفس لان القصاص لم يجب فهو كالجائفة ، ومن جوز له القصاص من الكوع أسقط القصاص في النفس كما لو كان انقطع من الكوع ، وقال المزني لايصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يداً فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها لان القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية وليس بصحيح لان دية الجرح انما وجبت بالجناية اذ هي السبب ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل موته كان أرش الطرف لبائعه لالمشتريه وتأخير المطالبة به لايلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لاتملك المطالبة به ويصح العفو عنه كذا ههنا

(فصل) إن قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لاقصاص لان العفو حصل عن بعضه فلا يقتل به كما لو سرى القطع إلى نفسه

ولنا أن القتل انفرد عن القطع فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل كما لو كان القاطع غيره ، وان اختار الدية فقال القاضي ان كان العفو عن الطرف إلى غير دية فله بالقتل نصف الدية وهو ظاهر مذهب الشافعي لان القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان كالسراية ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ولو صار الأمر الى الدية لم يجب إلا دية واحدة ، وقال أبو الخطاب له العفو إلى دية كاملة وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لان القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر كما لو اندمل ، ولان القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو ، وفارق السراية فانها لم توجب قتلا ، ولان السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن ، وقال أكثر الفقهاء لا قصاص في الثانية وتجب ديتها لان ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية كما لو رمى سهما إلى شخص فمرق منه إلى آخر

ولنا أن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس ولانه أحد نوعي القصاص فأشبه ماذكرنا ، وفارق ماذكروه فان ذلك فعل وليس بسراية ولانه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع ابهامه فقطع سبابته وجب القصاص ، ولو ضرب ابهامه فمرق إلى سبابته وجب القصاص فيها فافترقا ، ولان الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو رمى احداهما فمرق الى الاخرى

﴿مسئلة﴾ (وان شل ففيه ديته)

وبهذا قال مالك والشافعي وقالوا يجب الارش في الثانية التي شلت والقصاص في الأولى ، وقال

(فصل) وان قطع أصبعاً فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الجناية إلى الكف ثم اندمل الجرح لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس، ولان القصاص سقط في الاصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ثم ان كان العفو إلى الدية وجبت الدية كلها وان كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يداً فعفا المجني عليه ثم سرى إلى نفسه، فعلى هذا تجب ههنا دية الكف لا دية الأصبع، ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن لا يجب شيء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها، وقد قال القاضي ان القياس فيما إذا قطع اليد ثم سرى الى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا .

(فصل) فان قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح عفوه ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد، وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والاوزاعي، وقال أصحاب الشافعي اذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان (أحدهما) أنه وصية فيبنى على الوصية للقاتل وفيها قولان (أحدهما) لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح (والثاني) يصح فان خرجت من الثلث سقط والا سقط منها ماخرج من الثلث ووجب الباقي (والقول الثاني) ليس بوصية لانه اسقاط في الحياة فلا يصح وتلزمه دية النفس الا دية الجرح .

ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع . اذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يخرج من الثلث أو لم يخرج لان ما جب العمد القود في احدى الروايتين أو أحد شيئين في الرواية الاخرى فما تعينت الدية ولا تثبت الوصية بمال ولذلك صح العفو من المفلس الى

أبو حنيفة لا يجب القصاص فيها ويجب ارشها جميعاً لان حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت الى النفس فاذا لم يجب القصاص في احداها لم يجب في الاخرى . ولنا أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر فأوجبته اذا سرت كالتي تسري الى سقوط أخرى وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره، وفارق الاصل لان السراية مقتضية للقصاص كاقتضاء الفعل له فاستوى حكمهما وههنا بخلافه ولان ماذكره غير صحيح فان القطع إذا سرى الى النفس وجب القصاص في النفس وسقط في القطع فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله. إذا ثبت ذلك فان الارش يجب في ماله فلا تحمله العاقلة لانه جناية عمد وانما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع فاذا قطع أصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وان اقتص من الاصبع فله في الاصابع الباقية أربعون من الابل ويتبعها ما حاذاها من الكف وهو أربعة أخماسه فيدخل ارشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان (أحدهما) يتبعها في الارش . فلا شيء له فيه (والثاني)

غير مال وأما جناية الخطأ فاذا عفا عنها وعما يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الابراء أو غيرها فان خرجت من الثلث صح عفوه في الجميع وان لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث ، وبهذا قال مالك والثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبدالعزيز والاوزاعي واسحاق لان الوصية ههنا بمال

(فصل) فان اختلف الجاني والولي أو المجني عليه فقال الجاني عفوت مطلقا وقال المجني عليه بل عفوت الى مال أو قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها قال بل عفوت عنها دون ما يحدث منها فالقول قول المجني عليه أو وليه ان كان الخلاف معه ، لان الاصل عدم العفو عن الجميع وقد ثبت العفو عن البعض باقراره فيكون القول في عدم سقوطه قوله

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا اشترك الجماعة في القتل فأحب الاولياء أن يقتلوا الجميع فلهم ذلك وان أحبوا أن يقتلوا البعض ويعفوا عن البعض ويأخذوا الدية من الباقين فلهم ذلك)

أما قتلهم للجميع فقد ذكرناه فيما مضى وأما ان أحبوا قتل البعض فلهم ذلك لان كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمنفرد ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لانهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما باسقاطه عن الآخر كما لو قتل كل واحد رجلا، واما اذا اختاروا أخذ الدية من القاتل او من بعض القتلة فان لهم هذا من غير رضا الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والشافعي وعطاء ومجاهد واسحاق وابو ثور وابن المنذر ، وقال النخعي ومالك وابو حنيفة ليس للاولياء الا القتل الا أن يصطلحا على الدية برضا الجاني. وعن مالك رواية أخرى كقولنا واحتجوا بقوله تعالى (كتب عليكم القصاص) والمكتوب لا يتخير فيه ولأنه متلف يجب به البدل فكان بدله معيناً كسائر ابدال المتلفات ولنا قول الله تعالى (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) قال ابن

فيه الحكومة لان ما يقابل الاربع يتبعها في الارش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الارش فلم يتبعها

﴿ مسئلة ﴾ (وسراية القود غير مضمونة فلو قطع اليد قصاصاً فسرى إلى النفس فلا شيء على القاطع)

وبهذا قال الحسن وابن سيرين ومالك والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد وابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم وقال عطاء وطاوس وعمرو بن دينار والحارث العكلي والشعبي والنخعي والزهري وأبو حنيفة: عليه الضمان قال أبو حنيفة عليه كمال الدية في ماله ، وقال غيره هي على عاقلته لانه فوت نفسه ولا يستحق الا طرفه فلزمته ديته كما لو ضرب عنقه

عباس كان في بني اسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية (كتب عليكم القصاص في القتلى) الآية (فمن عفي له من أخيه شيء) فالعفو أن تقبل في العمد الدية (فاتباع بالمعروف) يتبع الطالب بالمعروف ويؤدي اليه المطلوب (باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة مما كتب على من قبلكم) رواه البخاري

وروى ابو هريرة قال : قام رسول الله ﷺ فقال « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودى وإما يقاد » متفق عليه

وروى أبو شريح أن النبي ﷺ قال « ثم أنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » رواه ابوداود وغيره ، ولان القتل المضمون اذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال كما لو عفا بعض الورثة ويخالف سائر المتلفات لان بدلها يجب من جنسها وهٰهنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فاذا رضي في العمد ببدل الخطأ كان له ذلك لأنه أسقط بعض حقه ، ولان القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه وينتقض ماذكروه بما اذا كان رأس الشاج أصغر او يد القاطع أنقص فانهم سلموا فيهما

(فصل) واختلفت الرواية في موجب العمد فروي عن أحمد رحمه الله أن موجبه القصاص عيناً لقوله عليه السلام « من قتل عمداً فهو قود » ولما ذكروه في دليلهم ، وروي أن موجبه أحد شيئين القصاص او الدية لما ذكرناه قبل هذا ولان الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلا عنها لاعن بدلها كالقصاص . وأما الخبر فالمراد به وجوب القود ونحن نقول به ويخالف القتل سائر المتلفات لان بدلها لايختلف بالقصد وعدمه والقتل بخلافه وللشافعي قولان كالروايتين فاذا قلنا موجبه القصاص عيناً فله العفو إلى الدية والعفو مطلقاً فاذا عفا مطلقاً لم يجب شيء وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم تجب

ولانها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الاول لانه في مقابلته

ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما قال من مات من حد أو قصاص لادية له الحق قتله رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع السارق وفارق ما قاسوا عليه فانه ليس مافعله مستحقاً: إذا ثبت هذا فلافرق بين سرايته الى النفس بان يموت منها أوالى مادونها مثل أن يقطع أصبعاً فتسري الى كفه

﴿مسئلة﴾ (ولا يقتص في الطرف إلا بعد برئه)

في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي والثوري وأبوحنيفة ومالك واسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء والحسن قال ابن المنذر كل من أحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء وبناء على قولنا أنه إذا سرى إلى النفس يفعل به كما لو

الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفوه، وان عفا عن القصاص بغير مال لم يجب شيء. فأما إن عفا عن الدية لم يصح عفوه لانها لم تجب، وإن قلنا الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقاً أو الى الدية وجبت الدية لان الواجب غير معين فاذا ترك أحدهما وجب الآخر وان اختار الدية سقط القصاص وان اختار القصاص تعين وهل له بعد ذلك العفو على الدية؟ قال القاضي له ذلك لان القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الادنى ويكون بدلا عن القصاص وليست التي وجبت بالقتل كما قلنا في الرواية الاولى أن الواجب القصاص عيناً وله العفو الى الدية ويحتمل انه ليس له ذلك لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد اليها

(فصل) واذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجنى عليه بارش الجناية سقط القصاص لان عدوله الى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لانهما ان لم يعرفا قدر الارش فالثمن مجهول وان عرفا عدد الابل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع ولذلك لو باعه شيئاً بجمل جذع غير معروف الصفة لم يصح، وان قدر الارش بذهب او فضة وباعه به صح.

(فصل) اذا وجب القصاص لصغير لم يجز لوليه العفو الى غير مال لانه لا يملك اسقاط حقه، وإن أحب العفو الى مال والصبي كفاية من غيره لم يجز لان فيه تفويت حقه من غير حاجة فإن كان فقيراً محتاجا ففيه وجهان:

(أحدهما) له ذلك لحاجته الى المال لحفظه قال القاضي هذا أصح (والثاني) لا يجوز لانه لا يملك اسقاط قصاصه واما حاجته فإن نفقته في بيت المال والصحيح الاول فان وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه اذا لم يحصل فأما ان كان مستحق القصاص مجنونا فقيراً فلوليه العفو على المال لانه ليست حالة معتادة ينتظر فيها رجوع عقله

(فصل) ويصح عفو المفلس والمحجور عليه لسفه عن القصاص لانه ليس بمال وان أراد المفلس

فعل وهذا قول الشافعي قال ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدته لما روى جابر أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يارسول أقدني قال «حتى تبرأ» فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله ﷺ فعيبت رجل المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال له النبي ﷺ «ليس لك شيء انك عجلت» رواه سعيد مرسلا ولان القصاص في الطرف لا يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ

ولنا ماروى جابر أن النبي ﷺ نهى أن يستقاد من الجرح حتى يبرأ المجروح رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ﷺ ولان الجرح لا يدرى أقتل هو أو لا فينبغي ان ينتظر ليعلم ماحكمه فقد رواه وفي سياقه فقال يارسول الله عرجت فقال « قد نهيتك فعصيتني فابعدك الله وبطل عرجك » ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة

القصاص لم يكن لغرمائه اجباره على تركه وان أحب العفو عنه الى مال فله ذلك لان فيه حظا للغرماء وإن أراد العفو على مال انبنى على الروايتين ان قلنا الواجب القصاص فله ذلك لانه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء وإن قلنا الواجب أحد شيئين لم يملك لان المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقوله على غير مال اسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفيه ووارث المفلس وان عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر ان أحمد نص على هذا وقال في موضع يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على مامضى

(فصل) وإذا قتل من لاوارث له فالامر إلى السلطان فان أحب القصاص فله ذلك وان أحب العفو على مال فله ذلك وان أحب العفو الى غير مال لم يملكه لان ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا وهذا قول أصحاب الرأي الا أنهم لا يرون العفو على مال إلا برضا الجاني .

(فصل) وإذا اشترك الجماعة في القتل فعفي عنهم الى الدية فعليهم دية واحدة وان عفا عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لان الدية بدل المحل وهو واحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كاملة لان له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة كما لو قلع الاعور عين صحيح فانه تجب عليه دية عينه وهو دية كاملة والصحيح الاول لان الواجب بدل المتلف فلا يختلف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته الفان حراً لم يملك العفو على أكثر من الدية . وأما القصاص فانه عقوبة على الفعل فيتعدد بتعدده

عن الاقتصاص فتكون ناسخة له وفي نفس الحديث مايدل على أن استقادته قبل البرء معصية لقوله «قد نهيتك فعصيتني» وماذكروه ممنوع وهو مبني الخلاف

﴿مسئلة﴾ (فان فعل ذلك سقط حقه من سرايته فلو سرى الى نفسه كان هدراً ولو سرى القصاص الى نفس الجاني كان هدراً أيضاوقال الشافعي هي مضمونة لانها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص)

ولنا الخبر المذكور ولانه استعجل مالم يكن له استعجاله فبطل حقه كقاتل موروثه . وبهذا فارق من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعا فمات الجاني والمستوفي فهما هدر .وقال أبو حنيفة يجب ضمان كل واحد منهما لان سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان وقال الشافعي ان مات المجني عليه أولا ثم مات الجاني كان قصاصاً به لانه مات من سراية القطع فقد مات بفعل المجني عليه وان مات الجاني فكذلك في احد الوجهين وفي الآخر يكون موت الجاني هدراً ولولي المجني عليه نصف الدية فاما ان

«مسئلة» قال (وان قتل من للاولياء ان يقيدوا به فبذل القاتل اكثر من الدية على ان لا يقاد فللأولياء قبول ذلك)

وجملته أن من له القصاص له أن يصالح عنه بأكثر من الدية وبقدرها وأقل منها لا أعلم فيه خلافا لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ «من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة وماصولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل» رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروينا أن هدبة بن خشرم قتل قتيلا فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فابى ذلك وقتله ولانه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع ولانه صلح عما لا يجري فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض

«مسئلة» قال (واذا امسك رجلا وقتله آخر قتل القاتل وحبس الماسك حتى يموت)

يقال أمسك ومسك ومسك وقد جمع الخرقي بين اللغتين فقال إذا أمسك وحبس الماسك وهو اسم الفاعل من مسك مخففاً ولاخلاف في أن القاتل يقتل لانه قتل من يكافئه عمداً بغير حق وأما الممسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلاشيء عليه لانه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به وان أمسكه له ليقتله مثل ان ضبطه له حتى ذبحه له فاختلفت الرواية فيه عن احمد فروي عنه أنه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن علي وروي عن أحمد أنه يقتل أيضا، وهو قول مالك قال سليمان بن أبي موسى: الاجماع فينا أن يقتل لانه لو لم يمسكه ماقدر على قتله وبامساكه

سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه وعند ابي حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعي ان سرت الجناية فهي مضمونة وان سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبني ذلك على ما تقدم من الخلاف

(فصل) وان اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسراية الاستيفاء غير مضمونة لانه اقتص بعد جواز القصاص فعلى هذا لو قطع يدي رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لانه مات من جنايته وقال ابن أبي موسى إذا جرحه فبرأ ثم انتقض فمات فلا قود فيه

ولنا أن الجناية لو سرت الى النفس قبل الاندمال وجب القصاص فكذلك بعده وان عفا الى الدية فلا شيء له لانه استوفى بالقطع ماقيمته دية وهو يداه وإن سرى الاستيفاء لم يجب أيضا شيء لان القصاص قد سقط بموته والدية لا يمكن ايجابها لما ذكرنا وان كان المقطوع بالجناية يداً فوليه بالخيار

يمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لان النبي ﷺ قال «ان اعتى الناس على الله من قتل غير قاتله والممسك غير قاتل » ولان الامساك سبب غير ملجئ فاذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو يعلم الممسك أنه يقتله

ولنا ماروى الدارقطني باسناده عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك» ولانه حبسه الى الموت فيحبس الآخر الى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل به ذلك حتى يموت

(فصل) وان اتبع رجلا ليقتله فهرب منه فأدركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله نظرت فان كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لانه حبسه على القتل وان لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم وفيه وجه آخر ليس عليه الا القطع بكل حال والأول أصح لانه الحابس له بفعله فأشبه الحابس بامساكه فان قيل لم اعتبرتم قصد الامساك ههنا وأنتم لاتعتبرون ارادة القتل في الخارج قلنا اذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره فنعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الأثر وفي مسئلتنا انما كان موته بأمر غير السراية والفعل ممكن له عليه فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ومن أمر عبده أن يقتل رجلا وكان العبد أعجميا لا يعلم أن القتل محرم قتل السيد وان كان يعلم خطر القتل قتل العبد وأدب السيد)

انما ذكر الخرقي كونه أعجمياً وهو الذي لايفصح ليتحقق منه الجهل وانما يكون الجهل في حق

بين القصاص في النفس وبين العفو الى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الديه في تركة الجاني أوماله ان كان حيا

(فصل) ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ واقتص ثم انتقض جرح المسلم ومات فلوليه قتل الكتابي والعفو إلى ارش الجرح وفي قدره وجهان :

(أحدهما) نصف الدية لانه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلما

(والثاني) له ثلاثة أرباعها لان يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها وان كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه الى مال انبنى على الوجهين وان قلنا تعتبر قيمة يد اليهودي فله ههنا نصف الدية وان قلنا الاعتبار بقيمة يد المسلم فلاشيء له ههنا لانه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا الى

من نشأ في غير بلاد الاسلام فأما من أقام في بلاد الاسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله، ومتى كان العبد يعلم تحريم القتل فالقصاص عليه ويؤدب سيده لأمره بما أفضى الى القتل بما يراه الامام من الحبس والتعزير وان كان غير عالم بخطره فالقصاص على سيده ويؤدب العبد قال أحمد يضرب ويؤدب ونقل عنه أبو طالب قال يقتل الولي ويحبس العبد حتى يموت لان العبد سوط المولى وسيفه كذا قال علي وأبو هريرة وقال علي رضي الله عنه يستودع السجن وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة يقتلان جميعاً وقال سليمان بن موسى لا يقتل الآمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لانه لم يباشر القتل ولا ألجأ اليه فلم يجب عليه قصاص كما لو علم العبد خطر القتل

ولنا أن العبد اذا كان غير عالم بخطر القتل فهو معتقد اباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيداً فرماه فبان انساناً ولان حكمة القصاص الردع والزجر ولا يحصل ذلك في معتقد الاباحة واذا لم يجب عليه وجب على السيد لانه آلة له لا يمكن ايجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشه حية أو كلباً أو ألقاه في زبية أسد فأكله ويفارق هذا ما اذا علم خطر القتل فان القصاص على العبد لامكان ايجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الآمر كالدافع مع الحافر ويكون على السيد الأدب لتعديه بالتسبب الى القتل

(فصل) ولو أمر صبياً لا يميز أو مجنوناً أو أعجمياً لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الآمر دون المباشر ولو امره بزنا أو سرقة لم يجب الحد على الآمر لان الحد لا يجب الا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص

(فصل) ولو أمر السلطان رجلا فقتل آخر فان كان القاتل يعلم انه لا يستحق قتله فالقصاص عليه دون الآمر لانه غير معذور في فعله فان النبي ﷺ قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » وعنه عليه السلام انه قال « من امركم من الولاة بغير طاعة الله تعالى فلا تطيعوه » فلزمه القصاص كما لو امره غير السلطان فان لم يعلم ذلك فالقصاص على الآمر دون المأمور لان المأمور معذور لوجوب طاعة الامام فيما ليس بمعصية والظاهر انه لا يأمر الا بالحق وان امره غير السلطان من الرعية بالقتل فقتل فالقود على المأمور بكل حال علم اولم يعلم لانه لا يلزمه طاعته وليس له القتل

الدية لم يكن له شيء وجها واحداً لان دية ذلك دية المسلم ولو كان الجاني امرأة فالحكم على ما ذكرنا سواء لان ديتها نصف دية الرجل

(فصل) إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فللولي قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فان قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية، وأما الآخر فان كانت يده مقطوعة من الكوع قطعها من

بحال بخلاف السلطان فإن اليه القتل للردة والزنا وقطع الطريق اذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس اليه شيء من ذلك وان أكرهه السلطان على قتل احد او جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وان وجبت الدية كانت عليهما فإن كان الامام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً او حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي الضمان عليه دون الامام لان الامام أمره بما أدى اجتهاده اليه والمأمور لا يعتقد جوازه فلم يكن له أن يقبل أمره فاذا قتله لزمه الضمان لانه قتل من لا يحل له قتله وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكر القاضي وان كان مقلداً فلا ضمان عليه لان له تقليد الامام فيما رآه وان كان الامام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الآمر كما لو أمر السيد الذي لا يعتقد تحريم القتل به والله أعلم

كتاب الديات

الاصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الا أن يصدقوا) الآية

وأما السنة فروى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه « وان في النفس مائة من الابل » رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل

المرفق ثم عفا فله دية الاقدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لانه يأخذ صحيحة بمقطوعة وان قطع أيديهما وهما صحيحان أو قطع رجلان يديه فقطع أيديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليهما العفو الى الدية لانه قد استوفى ما قيمته دية وان اختار قتلهما فله ذلك

﴿ كتاب الديات ﴾

الاصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) وأما السنة فروى أبو بكر بن محمد ابن عمرو بن حزم أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه « وفي النفس مائة من الابل » رواه النسائي في سننه ومالك في موطئه قال ابن عبد البر وهو كتاب مشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغني بشهرتها عن الاسناد

العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الاسناد لأنه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب ان شاء الله، وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ودية الحر المسلم مائة من الابل)

أجمع أهل العلم على أن الابل أصل في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الابل وقد دلت عليه الاحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمر في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطا وسنذكرها ان شاء الله . وظاهر كلام الخرقي أن الاصل في الدية الابل لاغير وهذا إحدى الروايتين عن احمد رحمه الله ذكر ذلك ابو الخطاب وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر . وقال القاضي لايختلف المذهب أن أصول الدية الابل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لايختلف المذهب فيها وهذا قول عمر وعطاء وطاوس وفقهاء المدينة السبعة ، وبه قال الثوري وابن ابي ليلى وابو يوسف ومحمد لان عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن «وان في النفس المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق ألف دينار» رواه النسائي وروى ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً . رواه ابو داود وابن ماجه ، وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار

لانه أشبه المتواتر في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله تعالى وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة

﴿ مسئلة ﴾ (كل من أتلف إنسانا أو جزءاً منه بمباشرة أو سبب فعليه ديته سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأمنا أو مهادنا

لماذكرنا من الآية وفيها (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله) وعبر عن الذمة بالميثاق وحديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبي ﷺ كتاباً إلى أهل اليمن ذكر فيه الديات وأجمع أهل العلم على ذلك في الجملة

﴿مسئلة﴾ (فان كان القتل عمداً محضاً فهي في مال الجاني حالة)

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة ، وهذا يقتضيه الاصل وهو ان بدل المتلف يجب على المتلف وارش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ - قال نعم قال - اما انه لا يجني عليك ولا تجني عليه » ولان موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فانه لو كسب كان كسبه لغيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والاكساب ، وإنما خولف هذا الاصل في قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : ألا ان الابل قد غلت فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألفاً ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة » رواه ابو داود

ولنا قول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل » ولأن النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل ولأنه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعيناً كعوض الاموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلا عن الابل، والخلاف في كونها أصلا ، وحديث عمرو بن شعيب يدل على ان الاصل الابل فان إيجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الابل ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن إيجابها تقويماً للابل ولا كان لغلاء الابل أثر في ذلك ولا لذكره معنى

وقد روي انه كان يقوم الابل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل ان دية الذمي أربعة آلاف درهم وديته نصف الدية فكان ذلك اربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف درهم

(فصل) فاذا قلنا هي خمسة أصول فان قدرها من الذهب ألف مثقال ومن الورق اثنا عشر ألف درهم ، ومن البقر والحلل مائتان ، ومن الشاء ألفان ولم يختلف القائلون بهذه الاصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها الا الورق فان الثوري وابا حنيفة وصاحبيه قالوا قدرها عشرة آلاف من الورق ، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي ان عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف

وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفاً عنه ورفقاً به والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ . إذا ثبت هذا فانها تجب حالة وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لانها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد

ولنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وإنما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولان القصد التخفيف عن العاقلة الذين لم يصدر منهم جناية وحملوا اداء مال مواساة فلاق بحالهم التخفيف عنهم ، وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء ، وأما العمد فانما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما جرى مجراه فعلى عاقلته)

دية شبه العمد على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر، وقال ابن سيرين والزهري وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور : هي على القاتل في ماله واختاره أبو بكر عبدالعزيز لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولانها

ولان الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل ان نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتان وبما ذكرناه قال الحسن وعروة ومالك والشافعي في قول ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عمر ولان الدينار معدول باثني عشر درهماً بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما، وعلى المتوسط دينارين او أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير ديناراً أو اثنا عشر درهماً وهذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة ، ولانه لايلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر كما ان السائمة من بهيمة الانعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره ، قال ابن عبد البر ليس مع من جعل الدية عشرة آلاف عن النبي ﷺ حديث مسند ولا مرسل وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه

(فصل) وعلى هذا أي شيء أحضره من عليه الدية من القاتل او العاقلة من هذه الاصول لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لانها أصول في قضاء الواجب يجزيء واحد منها فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وكشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم ، وان قلنا الاصل الابل خاصة فعليه تسليمها اليه سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها الى غيرها فللآخر منعه لان الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المثليات المتلفة ، وان

دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد

ولنا ما روى أبو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ،ولانه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ، ويخالف العمد لانه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل ، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا نعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وأبو هاشم وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا الدية حالة لانها بدل متلف ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا ،وتخالف الدية سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم ، وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعا ، وأما دية الخطأ فلا نعلم خلافا في أنها على العاقلة،قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وقد ثبتت الاخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى

أعوزت الابل ولم توجد الا بأكثر من ثمن المثل فله العدول الى الف دينار أو اثني عشر الف درهم وهذا قول الشافعي القديم ، وقال في الجديد تجب قيمة الابل ،لغة مابلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الابل ، ولان ماضمن بنوع من لمال وجبت قيمته كذوات الامثال ولان الابل اذا أجزأت اذا قلت قيمتها ينبغي أن تجزيء وان كثرت قيمتها كالدنانير اذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن نقول إذا غلت الابل كلها، فاما ان كانت الابل موجودة بثمن مثلها الا أن هذا لم يجده لكونها في غير بلده ونحو ذلك فان عمر قوم الدية من الدراهم اثنى عشر الفاً والف دينار

(فصل) وظاهر كلام الخرقي أنه لاتعتبر قيمة الابل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها قلت قيمتها أو كثرت وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر أصحابنا أن ظاهر مذهب أحمد أن تؤخذ مائة قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فان لم يقدر على ذلك أدى اثنى عشر الف درهم أو الف دينار لان عمر قوم الابل على أهل الذهب الف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر الفاً فدل على أن ذلك قيمتها ولان هذه ابدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل . والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات

ولنا قول النبي ﷺ «في النفس المؤمنة مائة من الابل» وهذا مطلق فتقييده يخالف اطلاقه فلم يجز الا بدليل ولانها كانت تؤخذ على عهد رسول الله ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف ، وقول عمر في

بدية الخطأ على العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به ولان النبي ﷺ جعل دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد روينا من الحديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ والحكمة في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فايجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة ايجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والاعانة له تخفيفا عنه إذا كان معذوراً في فعله

(فصل) فأما الكفارة ففي مال القاتل لا يدخلها تحمل وقال أصحاب الشافعي تكون في بيت المال في أحد الوجهين لأنها تكثر فايجابها عليه يجحف به

ولنا أنها كفارة فاختصت بمن وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما ولان الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره ، وتفارق الدية فانها انما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولان النبي ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتلة ، وما ذكروه لا أصل له ، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه

(أحدها) أن الدية لم تجب في بيت المال انما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الاصل

(الثاني) أن الدية كثيرة فايجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها

(الثالث) أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فايجابها على غيره قطع للمواساة ويوجب على الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز

حديثه إن الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر الفا دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك ، وقد كانت تؤخذ في عصر رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من ولاية عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فايجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولان النبي ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ ، واجمع عليه اهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما ، وجمع بين مافرقه الشارع وازالة للتخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ ، لان اعتبار ابن مخاض بقيمة ثنية او جذعة يشق جداً فيكون تغليظا للدية في الخطأ وتخفيفاً لدية العمد وهذا خلاف ماقصده الشارع وورد به ، ولان العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد النبي ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر ذلك فيها لنقل ولم يجز الاخلال به لان ماورد به الشرع مطلقا انما يحمل على العرف والعادة فاذا أريد به مايخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيساً في الشريعة وإيهامهم ان حكم الله خلاف ماهو حكمه على الحقيقة والنبي ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم) فكيف يحمل قوله على الالباس والالغاز؟هذا مما لايحل،ثم لو حمل الامر على ذلك لكان الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو كون اختلاف أسنانها مظنة اختلاف القيم فأقيم مقامه ، ولان الابل أصل في الدية فلا تعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ، ولانها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها

(فصل) ولا يلزم القاتل شيء من دية الخطأ وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو كواحد من العاقلة لانها وجبت عليهم اعانة له فلا يزيدون عليه فيها

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى عليهم جميعها ولانه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الامام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه لحق فبان مظلوما ، ولان الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة الى ايجاب شيء من الدية عليه

﴿ مسئلة ﴾ (وان ألقى انساناً على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته أو طلب انساناً بسيف مجرد فهرب فوقع في شيء تلف به بصيراً أو ضريراً،أو حفر بئراً في فنائه أو وضع حجراً أو صب ماء في طريقه أو بالت فيها دابته ويده عليها أو رمى فيها قشر بطيخ فتلف به انسان وجبت عليه ديته)

يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فاذا ألقى إنساناً على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته فعليه ضمانه لانه تلف بعدوانه فأشبه مالو جنى عليه

﴿ مسئلة ﴾ (فان طلب انساناً بالسيف مشهورا فهرب منه فتلف في هربه ضمنه)

سواء سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صغيراً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل

كالابل في السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أقل من اثنى عشر الفاً ، وقد قيل ان قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر دية الكتابي أربعة آلاف ، وقولهم انها ابدال محل واحد فلنا أن نمنع ونقول البدل إنما هو الابل وغيرها معتبر بها وان سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فانه لا يعتبر تساويهما وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم ، وأما بدل القرض والمتلف فانما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب إلا عند العجز عنه بخلاف مسئلتنا

فان قيل هذا حجة عليكم لقولكم ان الابل هي الاصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة . قلنا إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لان البدل يتبع الاصل ولا يتبع الاصل البدل على أنا نقول انما صير إلى التقدير بهذا لان عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير اليه كيلا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الابل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الاصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الابل مع وجوبها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المحل المقرض فاعتبر مساواة كل واحد من بدليه له والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاء والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب

البصير الا أن ينخسف به سقف فان فيه وفي الصغير والمجنون والاعمى قولين لانه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطالبه

ولنا انه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب له سكيناً أو سم طعامه ووضعه وما ذكروه يبطل بهذه الأصول ، وان طلبه بشيء يخيفه به كالكلب ونحوه فهو كما لو طلبه بسيف مشهور لانه في معناه .

(فصل) ولو شهر سيفاً في وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته، فان صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فان تعمد ذلك فهو شبه عمد والا فهو خطأ ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان، ولنا انه تسبب إلى اتلافه فضمنه كالصبي

(فصل) وان قدم انساناً الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدمه ، لان الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته وان عمد الرامي رميه فالضمان عليه لانه باشر وذلك متسبب فأشبه الممسك والقاتل ، وان لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته وان كان خطأ لانه قتله .

من كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتتساوي الأبدال كلها وكل حلة بردتان فيكون أربعمائة برد

(فصل) ولا يقبل في الابل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لان وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة ، فاذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي أخذ من كل واحد من جنس ما عنده ، وان كان عند واحد صنفان ففيه وجهان (احدهما) يؤخذ من كل صنف بقسطه (والثاني) يؤخذ من الاكثر فان استويا دفع من أيها شاء فان دفع من غير إبله خيراً من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج في الزكاة خيراً من الواجب وان كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق، وإن لم يكن له إبل فمن غالب إبل البلد فان لم يكن في البلد إبل وجب من غالب ابل أقرب البلاد اليه فان كانت إبله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من جنس ما عنده لانه بدل متلف فلا تؤخذ فيه معيبة كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم

ولنا قول النبي ﷺ « في النفس المؤمنة مائة من الابل » أطلق الابل فمن قيدها احتاج إلى دليل . ولانها بدل المتلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات، ولانها حق ليس سببه المال فلم يعتبر كونه من جنس ماله كالسلم فيه والقرض . ولان المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر في فنائه بئراً لنفسه أو في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو صب فيه ماء أو رمى قشر بطيخ فهلك به انسان ضمنه)

لانه تلف بعدوانه وروي عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري والشافعي واسحاق

﴿ مسئلة ﴾ (وان بالت فيها دابته فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان اذا كان راكباً أو قائداً أو سائقا)

لانه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها ، وقياس المذهب أنه لا يضمن ماتلف بذلك لانه لا يد له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فهو كما لو أتلفت برجلها، ويفارق ما اذا تلفت بيدها أو فمها لانه يمكنه حفظها .

﴿ مسئلة ﴾ (وان حفر بئراً ووضع آخر حجراً أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فالضمان على واضع الحجر وناصب السكين دون الحافر، لان الحجر كالدافع له واذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده)

وبهذا قال الشافعي ولو وضع رجل حجراً ثم حفر آخر عنده بئراً او نصب سكينا فعثر بالحجر فسقط عليها فهلك احتمل ان يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل ان يضمن الحافر وناصب السكين لان

بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فإنها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الاغنياء فيما أنعم الله تعالى به عليهم فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله . وقولهم انها مواساة غير صحيح وانما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف وانما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا يجب من جنس أموالهم إذا لم يكونوا ذوي إبل والواجب بجنايته إبل مطاقة فتواسيه في تحملها ، ولانها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

(مسئلة) قال (وان كان القتل عمداً فهي في مال القاتل حالة أرباعا : خمس وعشرون بنات مخاض وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة)

أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا قضية الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وارش الجناية على الجاني قال النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده « ابنك هذا ؟ » قال نعم قال « اما انه لا يجني عليك ولا تجني عليه » ولان موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فانه لو كسب كان كسبه له دون غيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنايات والاكساب وانما خولف

فعلها متأخر عن فعله فأشبه مالو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسال مافيه كان الضمان على الآخر منهما ، وان وضع انسان حجراً أو حديدة في ملكه اوحفر فيه بئراً فدخل انسان بغير اذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لانه لم يتعد وانما الداخل هلك بعدوان نفسه، وإن وضع حجراً في ملكه ونصب اجنبي فيه سكينا او حفر بئراً بغير اذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين اوفي البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما اذ لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه وان اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم فلو وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما انسان فهلك فالدية على عواقلهم اثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف لان السبب حصل من الثلاثة اثلاثا فوجب الضمان عليهم سواء ، وان اختلفت افعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بها، وقال زفر على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لان فعله مساو لفعلهما وان حفر انسان بئراً ونصب آخر فيها سكينا فوقع انسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع ، وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص احمد على ان الضمان عليهما قال أبو بكر لانهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا ان يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة

(فصل) وان حفر بئراً في ملك نفسه أو في ملك غيره باذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد وكذلك

هذا الاصل في قتل المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفا عنه ورفقابه والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ إذا ثبت هذا فانها تجب حالة، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاث سنين لانها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد

ولنا أن ماوجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وارش أطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لان القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وانما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولان القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية وحملوا أداء مال مواساة فالارفق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء وأما العمد فانما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقاً ببدل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل أجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك واختلفت الرواية في مقدارها فروى جماعة عن أحمد انها أرباع كما ذكر الخرقي وهو قول الزهري وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة ، وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه ، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله

ان حفرها في موات او وضع حجراً او نصب شركا او شبكة أو منجلا ليصيد بها لانه لم يتعد بذلك وان فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان ماتلف به لانه متعد وسواء اذن له الامام أو لم يأذن لانه ليس للامام ان يأذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الامام لضمن مايتلف به فان كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها يضر بالمسلمين ضمن وان حفر في مكان لا يضر بالمسلمين وكان حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام ان يأذن في الانتفاع بالا ضرر فيه بدليل انه يجوز ان يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبتاع فيه

ولنا انه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصالحهم فضمن كما لو لم يأذن الامام ولا نسلم ان للامام ان يأذن في هذا فانما يأذن في القعود لان ذلك لا يدوم ويمكن ازالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولان القعود جائز من غير اذن الامام فكذلك الحفر

(فصل) وان حفر بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه ضمن ماتلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن ماقابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان ضمن ثلثي التالف لانه تعدي في نصيب شريكه وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لانه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كالوجرحه احدهما جرحا وجرحه الآخر جرحين

ﷺ قال «من قتل متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوه وان شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وماصولحوا عليه فهولهم »وذلك لتشديدالقتل رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهم وعن عمرو بن شعيب أن رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فاخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك في موطئه ووجه الاول ماروى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمساوعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض ولانه قول ابن مسعود ولانه حق يتعلق بجنس الحيوان فلايعتبر فيه الحمل كالزكاة والاضحية

(فصل) والخلفة الحامل وقول النبي ﷺ «في بطونها أولادها» تأكيد وقلما تحمل الاثنية وهي التي لها خمس سنين ودخلت في السادسة وأي ناقة حملت فهي خلفة تجزئ في الدية وقد قيل لاتجزئ الا ثنية لان في بعض الفاظ الحديث أربعون خلفة مابين ثنية عامها الى بازل ولان سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الاولى لان النبي ﷺ أطلق الخلفة والخلفة هي الحامل فيقتضي أن تجزئ كل حامل ولوأحضرها خلفة فأسقطت قبل قبضها فعليه بدلها فان أسقطت بعد قبضها أجزأت لانه برئ منها بدفعها

ولنا انه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان فى ملك غيره والشركة أوجب تعدية لجميع الحفر فكان موجب الجميع الضمان ويبطل ماذكره أبو يوسف بمالو حفره فى طريق مشترك فان له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع والحكم فيما اذا اذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما اذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لايباح الحفرولا التصرف حتي يأذن الجميع

(فصل) وان حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيها انسان او دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير اذنه فلا ضمان على الحافر لانه لاعدوان منه وان دخل باذنه والبئر ظاهرة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا لان الواقع هو الذي أهلك نفسه فاشبه مالو قدم اليه سكينا فقتل بها نفسه فان كان الداخل اعمى أو كانت في ظلمة لايبصرها الداخل او غطى رأسها فلم يعلم الداخل حتى وقع فيها ضمنه وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقالوا في الآخر لايضمنه لانه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه ، وإن اختلفا فقال صاحب الدار ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لانه منكر ، وإن قال كانت مكشوفة وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع لان الظاهر معه

(فصل) فان اختلفا في حملها رجع الى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة الى القوابل وان تسلمها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها وقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الظاهر اصابتهم وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل

(مسألة) (قال وان كان القتل شبه عمد فكما وصفت في اسنانها إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها)

وجملته أن القول في اسنان دية شبه العمد كالقول في دية العمد سواء في اختلاف الروايتين فيها واختلاف العلماء فيها ، وقد سبق الكلام في ذلك إلا أنها تخالف العمد في أمرين

(أحدها) أنها على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور هي على القاتل في ماله، واختاره ابو بكر عبد العزيز لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولانها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد

فان الظاهر انها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الاصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك .

(مسألة) (وإن غصب صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية وإن مات بمرض فعلى وجهين) لانه تلف في يده العادية

(أحدهما) يضمنه كالعبد الصغير ، (والثاني) لا يضمنه لانه حر لا تثبت اليد عليه في الغصب أشبه الكبير

(مسألة) (وإن اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)

روي هذا عن علي رضي الله ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ لان الصدمة لا تقتل غالباً فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ولا فرق بين البصيرين ، والاعميين ، والبصير والاعمى ، فان كان امرأتين حاملين فهما كالرجلين فان اسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها لانهما اشتركتا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في الجنينين، فان أسقطت إحداهما دون الاخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل واحدة منهما عتق رقبتين ، وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين

(مسألة) (وإن كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر)

ولنا ماروى ابو هريرة قال : اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ولانه نوع قتل لا يوجب قصاصاً فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد المحض لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وارادته القتل وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ، ولا أعلم في انها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وابو هاشم وعبدالله بن عمر ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقد حكي عن قوم من الخوارج انهم قالوا الدية حالة لانها بدل متلف ، ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا وتخالف الدية سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعا

(فصل) ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ابتداؤها من حين حكم الحاكم لانها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة

وجملة ذلك أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرساً والآخر غيره مقبلين كانا أو مدبرين ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه واسحاق ، وقال مالك والشافعي على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر لان التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح انسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما

ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة اذا ثبت هذا فان قيمة الدابتين ان تساوتا تقاصتا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها فان كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو احداها فالضمان على اللاحق لانه الصادم والآخر مصدوم

﴿مسألة﴾ (إلا أن يكون أحدهما يسير والآخر واقفاً فعلى السائر ضمان الواقف ودابته)

نص أحمد على هذا لان السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه فان مات هو أو دابته فهو هدر لانه أتلف نفسه ودابته ، وإن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لان التلف حصل من فعلهما

ولنا أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فان الخوارج لا يعتد بخلافهم ، إذا ثبت هذا فان كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلا موجباً او عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فان كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل ان قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لان تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي . واما ان كان الجرح ساريا مثل ان قطع أصبعه فسرى ذلك إلى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لانها إذا سرت فما استقر الارش إلا عند الاندمال هكذا ذكر القاضي وأصحاب الشافعي وقال ابو الخطاب تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لان الارش لا يستقر إلا بالاندمال فيهما

(فصل) وإذا كان الواجب دية فانها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس او دية الطرف كدية جدع الانف أو الاذنين او قطع الذكر أو الانثيين ، وإن كان دون الدية نظرنا . فان كان ثلث الدية كدية المأمومة او الجائفة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حالا ، وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى والباقي في آخر السنة الثانية ، وان كان أكثر من الثلثين كدية ثمان

﴿مسئلة﴾ (إلا أن يكون في طريق ضيق قاعداً أو واقفاً فلا ضمان عليه فيه وعليه ضمان ما تلف به)

إذا كان الواقف متعديا بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لان التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به انسان

﴿مسئلة﴾ (وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما)

لانه متعد بذلك وتلفهما بسبب جنايته

﴿مسئلة﴾ (وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر انسانا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته)

لايخلو ذلك من حالين (أحدهما) أن يكون المقتول واحداً منهم (والثاني) أن يكون من غيرهم فان كان من غيرهم فالدية على عواقلهم أثلاثاً لان العاقلة تحمل الثلث فما زاد وسواء قصدوا رمي واحد بعينه أو قصدوا رمي جماعة أو لم يقصدوا ذلك لانهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ ، وان قصدوا رمي جماعة أو واحداً بعينه فهو شبه عمد لان قصد الواحد بالمنجنيق لا يكاد يفضي الى اتلافه فيكون شبه عمد تحمله العاقلة في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة شبه العمد فلا تحمله ههنا .

(الحال الثاني) أن يصيب واحداً منهم فعلى كل واحد كفارة ولا تسقط عمن أصابه الحجر لانه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره ، وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه

أصابع وجب الثلثان في السنتين والباقي في آخر الثالثة ،وان كان أكثر من دية مثل ان ذهب سمع انسان ففي كل سنة ثلث لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا زاد على الثلث ، وان كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لان كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه وان كان الواجب دون ثلث الدية كدية الأصبع لم تحمله العاقلة لانها لاتحمل مادون الثلث ويجب حالا لأنه بدل متلف لاتحمله فكان حالا كالجناية على المال .

(فصل) وفي الدية الناقصة كدية المرأة والكتابي وجهان (أحدهما) تقسم في ثلاث سنين لانها بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة (والثاني) يجب منها في العام الاول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لان هذه تنقص عن الدية فلم تقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي كالوجهين وان كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسي وهو ثمان مائة درهم ودية الجنين وهي خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانها لاتحمل مادون الثلث فأشبه دية السن والموضحة إلا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جناية واحدة وتكون دية الام على الوجهين، بان قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الام في العام الاول لانها دية أخرى ويحتمل أن تجب مع باقي دية الأم في العام الثاني وان قلنا دية الأم في ثلاث سنين

(أحدها) ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث دية المقتول لورثته لان كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالاجانب وهذا ينبني على أن جناية المرء على نفسه وأهله خطأ تحمل عقلها عاقلته

(الوجه الثاني) ان ما قابل فعل المقتول ساقط لايضمنه أحد لانه شارك في اتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده ، وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي

(الثالث) أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين . قال أبو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسئلة المتصادمين قال شيخنا والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر ، وقد روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه في مسئلة القارصة والقامصة والواقصة قال الشعبي وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت احداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لانها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا ولان المقتول شارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحدا من غيرهم فان رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الاول تجب ديتهما على عواقلهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم كفارتان ، وعلي الوجه الثاني يجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلي عاقلة كل واحد

فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أولا؟ على وجهين فاذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم لانها ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى ، لان تلفها موجب جناية واحدة

﴿ مسألة ﴾ قال (وان كان القتل خطأ كان على العاقلة مائة من الابل تؤخذ في ثلاث سنين أخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بنو مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)

لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماساً كما ذكر الخرقي ، وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون ، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود وقال الخطابي روي أن النبي ﷺ ودى الذي قتل بخيبر بمائة من ابل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض ، وروي عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي واسحاق أنها أرباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون

من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعل نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد منهم نصف الدية و يجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه

﴿ مسألة ﴾ (وان كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم في الصحيح من المذهب الا على الوجه الذي اختاره أبو الخطاب فانهم اذا كانوا أربعة فقتل الحجر أحدهم فانه يجب على عاقلة كل واحد من الثلاثة الباقين ثلث الدية لانهم يحملونها كلها فأما ان كانوا أكثر من أربعة أو كان المقتول من غيرهم وهم أربعة فان الدية حالة في أموالهم لان المقتول يلغى فعله في نفسه ويكون هدرا لانه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا لان التأجيل في الديات انما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا دون الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثلث ، وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها لان الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح الاول لان كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة انما شرع للتخفيف على الجاني فيما يشق ويثقل وما دون الثلث يسير على ما ذكرناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث وقوله انه فعل واحد قلنا بل هي أفعال فان فعل كل واحد غير فعل الآخر وانما موجب الجميع واحد فأشبه ما لو جرحه كل واحد جرحاً فمات النفس بجميعها اذا ثبت هذا فالضمان معلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشب اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهما في قوس انسان ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع

ابن لبون وعشرون بنت مخاض ، وقال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشرون بني لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بني لبون ذكور رواه أبو داود وابن ماجة وقال أبو ثور الديات كلها أخماس كدية الخطأ لانها بدل متلف فلا تختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه أن دية العمد مغلظة ودية شبه العمد والخطأ أخماس لان شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماساً كدية الخطأ

ولنا ماروى عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة ولان ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة اذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب ولأن موجبهما واحد فيصير كانه أوجب أربعين ابنة مخاض ولان ماقلناه الاقل فالزيادة عليه لاتثبت إلا بتوقيف يجب على من ادعاه الدليل فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لانهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي من أسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الخطأ على العاقلة قال ابن المنذر أجمع على هذا

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى انسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا شيء له وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه)

أما اذا كانت الجناية عمداً فلا شيء له اجماعا وان كانت خطأ فكذلك في احدى الروايتين قياسا على العمد ولما روي أن عامر بن الاكوع يوم خيبر رجع سيفه عليه فقتله ولم ينقل أن النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو كانت واجبة لبينها النبي ﷺ ولنقل ظاهراً (والرواية الثانية) أن ديته على عاقلته لورثته ودية طرفه لنفسه وهو ظاهر كلام الخرقي ذكره فيما اذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل أحدهم لما روي أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية فأصابت عينه ففقأتها فجعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ديته على عاقلته وقال هي يد من أيدي المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد ولم يعرف له مخالف ولانه قتل خطأ فكانت ديته على عاقلته كما لو قتل غيره والاول أصح في القياس ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا من حديث عامر بن الاكوع حين رجع سيفه عليه يوم خيبر فمات ولان وجوب الدية على العاقلة على خلاف الاصل مواساة للجاني وتخفيفا عنه وليس ههنا على الجاني شيء يخفف عنه ولا يقتضي النظر ان تكون جنايته على نفسه على غيره ويفارق هذا مااذا كانت الجناية على غيره فانه لو لم تحمله العاقلة لاجحف به وجوب الدية لكثرتها وقال القاضي الرواية الثانية

كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبتت الاخبار عن رسول الله ﷺ أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به وقد جعل النبي ﷺ دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد رويناه من الاحاديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ ، والمعنى في ذلك ان جنايات الخطأ تكثر ودية الآدمي كثيرة فايجابها على الجاني في ماله يجحف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والاعانة له تخفيفاً عنه اذا كان معذوراً في فعله وينفرد هو بالكفارة

(فصل) ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين فان عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً فاتبعهم على ذلك أهل العلم ، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة وكل دية تحملها العاقلة تجب مؤجلة لما ذكرنا ومالا تحمله العاقلة يجب حالا لأنه بدل متلف فلزم المتلف حالا كقيم المتلفات، وفارق الذي تحمله العاقلة فانه يجب مواساة فألزم التأجيل تخفيفاً على متحمله وعدل به عن الاصل في التأجيل كما عدل به عن الاصل في الزامه غير الجاني

(فصل) ولا يلزم القاتل شيء من الدية وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة هو كواحد من العاقلة لانها وجبت عليهم اعانة له فلا يزيدون عليه فيها

أظهر عنه فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة هي الوارثة لم يجب شيء لانه لا يجب للانسان شيء على نفسه فان كان بعضهم وارثاً سقط عن الوارث ما يقابل ميراثه فان كانت جنايته على نفسه شبه عمد فهو كالخطأ في أحد الوجهين وفي الآخر لا تحمله العاقلة بحال

﴿مسألة﴾ (وإن نزل رجل في بئر فخر عليه آخر فمات الاول من سقطته فعلى عاقلته ديته)

وجملة ذلك أنه إذا نزل رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص ، وإن كان مما لا يقتل غالباً فهو شبه عمد ، وإن وقع خطأً فالدية على عاقلته مخففة ، وإن مات الثاني بوقوعه على الاول فدمه هدر لانه مات بفعله ، وقد روى علي بن رباح اللخمي ان رجلا كان يقود أعمى فوقعا في بئر خر البصير فوقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الاعمى فكان الاعمى ينشد في الموسم

يا أيها الناس لقيت منكرا * هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا ؟ * خرا معا كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي واسحاق قال شيخنا : ولو قال قائل ليس على الاعمى ضمان البصير لانه الذي قاده الى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الاعمى الا أن يكون مجمعاً عليه فلا يجوز مخالفة الاجماع ، ويحتمل انه انما لم يجب الضمان على القائد لوجهين

ولنا ماروى ابو هريرة أن النبي ﷺ قضى بدية المرأة على عاقلتها . متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الامام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه بحق فبان مظلوما ولان الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة الى إيجاب شي من الدية عليه

(فصل) والكفارة في مال القاتل لايدخلها تحمل ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين تكون في بيت المال لانها تكثر فيجابها في ماله يجحف به

ولنا أنها كفارة فلا تجب على غير من وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما ، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بفعل غيره،ويفارق الدية فانها انما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ، ولان النبي ﷺ لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتل وما ذكروه لاأصل له،ولا يصح قياسه على الدية لوجوه

(أحدها) أن الدية لم تجب في بيت المال لانها انما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفاً لحكم الاصل

(الثاني) أن الدية كثيرة فايجابها على القاتل يجحف به والكفارة بخلافها

(الثالث) أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فايجابها

(أحدهما) أنه مأذون فيه من جهة الاعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئراً في داره باذنه فتلف بها **(الثاني)** أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبه ما لو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون فانه لا يضمن ما تلف بها ، وإن مات الثاني فدمه هدر لانه لا صنع لغيره في هلاكه

(مسئلة)(وإن وقع عليهما ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلة الثالث ديته)

لانه تلف من سقطته ، وان مات الاول من سقطتهما فديته على عاقلتهما لانه مات بوقوعهما عليه ودية الثاني على الثالث لانه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته،ودم الثالث هدر لانه لا صنع لغيره في هلاكه هذا اذا كان الوقوع هو الذي قتله ، فان كان البئر عميقاً يموت الواقع بمجرد وقوعه لم يجب ضمان على أحد لان كل واحد منهم مات بوقعته لا بفعل غيره ، وإن احتمل الامرين فكذلك لان الاصل عدم الضمان .

(مسئلة) (وإن كان الاول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث)

لانه لا فعل له ووجبت ديته على الثاني في أحد الوجهين لانه هو جذبه وباشره بذلك والمباشرة تقطع حكم المتسبب كالحافر مع الدافع (والثاني) ديته على الاول والثاني نصفين لان الاول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في اتلافه ، ودية الثاني على عاقلة الاول في أحد الوجهين لانه هلك بجذبته ، وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الاول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه

على غيره يقطع المواساة ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لايجوز

(فصل) وذكر أصحابنا ان الدية تغلظ بثلاثة أشياء اذا قتل في الحرم والشهور الحرم واذاقتل محرما وقد نص احمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام ، فأما ان قتل ذارحم محرم فقال ابو بكر تغلظ ديته ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد أنها لاتغلظ ، وقال أصحاب الشافعي تغلظ بالحرم والاشهر الحرم وذي الرحم المحرم وفي التغليظ بالاحرام وجهان ، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس والشعبي ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر ابن زيد وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق . واختلف القائلون بالتغليظ في صفته فقال أصحابنا تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان . قال احمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ .

وقال أصحاب الشافعي : صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ لاغير ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فاذا قتل ذا رحم محرم عمدا فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وتغليظها في الذهب والورق أن ينظر قيمة اسنان الابل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ثم يحكم بزيادة ما بينهما كان قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث

كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الاول ذكره القاضي (والوجه الثاني) يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي ، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر أحدهم ، وأما الاول إذا مات بوقوعها عليه ففيه الاوجه الثلاثة لانه مات من جذبته وجذبة الثاني للثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته

(فصل) وإن جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا شيء على الرابع لانه لم يفعل شيئا في نفسه ولا غيره وفي ديته وجهان (أحدهما) أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه (والثاني) على عاقلة الاول والثاني والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم ، وأما الاول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين

(والثاني) يجب على عاقلتهما ثلثاها ويسقط ما قابل فعل نفسه

(والثالث) يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الاوجه الثلاثة المذكورة في الاول سواء ، وأما الثالث ففيه مثل هذه الاوجه الثلاثة ووجهان آخران

الدية المخففة وعند مالك تغلظ على الاب والام والجددون غيرهم، واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئا وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولان ماأوجب التغليظ أوجبه في الاسنان دون القدر كالضمان ولايجمع بين تغليظين لان[1] ماأوجب التغليظ بالضمان اذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والاحرام في قتل الصيدوعلى أنه لايغلظ بالاحرام أن الشرع لم يرد بتغليظه. واحتج أصحابنا بما روى ابن أبي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم، وعن ابن عمر أنه قال من قتل في الحرم أو ذا رحم أو في الشهر الحرام فعليه دية وثلث وعن ابن عباس أن رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فيثبت اجماعا، وهذافيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولانه قول التابعين القائلين بالتغليظ، واحتجوا على التغليظ في العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الاسباب لان ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف كالعمد، وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وأبي حنيفة والجوزجاني وابن المنذر، وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعن

[1] في نسخة إلا ما أوجب

(أحدهما) أن ديته بكمالها على الثاني لانه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله (والثاني) أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه

(فصل) وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فان كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أوكان فيه ما يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض، وان شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضا لان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، وان كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لان غيره لم يفعل فيه شيئا وانما هلك بفعله وعليه دية الثالث لانه قتله بوقوعه عليه ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الاول على الثلاثة أثلاثاً

﴿ مسئلة ﴾ (وإن خر رجل في زبية أسد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثاً وجذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فالقياس أن دم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلة الثاني دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع، وفيه وجه آخر أن دية الثالث على عاقلة الاول والثاني نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا)

الحكم في هذه المسئلة أنه لا شيء على الرابع لانه لم يفعل شيئا وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثاً ودم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني

ابن عبد العزيز لان النبي ﷺ قال «في النفس المؤمنة مائة من الابل لم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب ألف مثقال» وفي حديث أبي شريح أن النبي ﷺ قال « وأنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله ، من قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى فلم يزد النبي ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره وقول الله عز وجل (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان وفي كل حال ولان عمر رضي الله عنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه ولم يزد على مائة ، وروى الجوزجاني باسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيى من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر الف درهم فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر الف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما قال ابن المنذر وليس بثابت ماروي عن الصحابة في هذا ولو صح فقول عمر يخالفه وقوله أولى من قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس

(فصل) ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم وقال أصحاب الشافعي تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لانها مكان يحرم صيده فأشبهت الحرم وليس بصحيح لانها ليست محلا للمناسك

في أحد الوجهين وفي الآخر على الاول والثاني نصفين، هذه تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعاني أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا وجذب الثاني ثالثا ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقال للاول ربع الدية لانه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فاني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال هو كما قال رواه سعيد بن منصور ثنا أبو عوانة وأبو الاحوص عن سماك بن حرب عن أنس بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب فذهب أحمد الى ذلك توقيفا على خلاف القياس وقد ذكر بعض أهل العلم ان هذا الحديث لا يثبته أهل النقل وانه ضعيف والقياس ماقلناه فلا ينتقل عنه إلى مالا يدرى ثبوته ولا معناه

﴿ مسألة ﴾ (ومن اضطر الى طعام انسان أو شرابه وليس به مثل ضرورته فمنعه حتى مات ضمنه نص عليه)

وجملة ذلك ان من أخذ طعام انسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك او هلكت بهيمته فعليه ضمان ماتلف به لانه سبب هلاكه وكذلك ان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولانه اذا اضطر فصار احق به ممن هو في يده وله اخذه قهرا فاذا

فأشبهت سائر البلدان، ولا يصح قياسها على الحرم لان النبي ﷺ قال « أي بلد هذا؟ أليست البلدة الحرام؟ - قال - فان دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة وقال النبي ﷺ « ان أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وان كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فانه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج اليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه

﴿ مسألة ﴾ قال (والعاقلة لا تحمل العبد ولا العمد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث)

في هذه المسألة خمس مسائل : ﴿ الاولى ﴾ أن العاقلة لا تحمل العبد يعني إذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى واسحاق وأبي ثور، وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لانه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه

منعه اياه تسبب الى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لانه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا وقال القاضي يكون على عاقلته لان هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد وان لم يطلبه منه لم يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه، وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه انجاء انسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك انه يجب عليه ضمانه قياسا على ما اذا طلب الطعام فمنعه اياه مع غناه عنه حتى هلك

ولنا ان هذا لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلا يضمنه كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على المسألة التي ذكرها غير صحيح لانه في الاولى منعه منعا كان سببا في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا

(مسألة) (وان افزع انسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه)

وجملة ذلك انه اذا ضرب انسانا حتى أحدث فان عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية قال أحمد لا اعرف شيئا يدفعه وبه قال اسحاق وعنه لا شيء عليه وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لان الدية انما تجب لاتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان لانها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعاً ولان قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ببول أو غائط أو ريح قاله القاضي وكذلك الحكم فيما اذا افزعه حتى أحدث والاولى ان شاء الله التفريق بين الريح وغيرها لان كان قضاء عثمان في الغائط والبول لان ذلك أفحش فلا يقاس عليه

ولنا ماروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً» وروي عن ابن عباس موقوفاً عليه ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ، ولان الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولانه حيوان لاتحمل العاقلة قيمة أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس وبهذا فارق الحر

﴿ المسئلة الثانية ﴾ أنها لاتحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه اولا يجب ولا خلاف في أنها لاتحمل دية مايجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لاتحمل العمد بكل حال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لاقصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لانها جناية لاقصاص فيها أشبهت جناية الخطأ

ولنا حديث ابن عباس ولانها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجب للقصاص وجناية الاب على ابنه ، ولان حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفاً عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة فلم يوجد فيه المقتضي ، وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فانه لاقصاص فيه ولا تحمله العاقلة

(فصل) وان اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس ففيه وجهان (أحدهما) تحمله العاقلة لانه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ (والثاني) لاتحمله لانه قتله بآلة يقتل مثلها غالباً فأشبه من لاقصاص له ، ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي

(فصل) اذا أكره رجلا على قتل انسان فقتله فصار الامر الى الدية فهي عليهما لانهما كالشريكين ولو أكره رجل امرأة على الزنا فحملت وماتت من الولادة ضمنها لانها ماتت بسبب فعله وتحمله العاقلة الا ان لايثبت ذلك الا باعترافه فتكون الدية عليه لان العاقلة لاتحمل اعترافا ولذلك ان شهد شاهدان على رجل بقتل عمد فقتل ثم رجعا عن الشهادة لزمهما الضمان كالشريكين في الفعل ويكون الضمان في مالهما لاتحمله العاقلة لانها لاتحمل الاعتراف وهذا ثبت باعترافهما

(فصل) اذا قتل رجلا وادعى انه كان عبداً أو القى عليه حائطا وادعى انه كان ميتا وانكر وليه فالقول قول الولي مع يمينه وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته ومادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك

ولنا ان الاصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل مسلما وادعى انه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ماذكره ، وان قطع عضوا وادعى شلله أو قلع عينا وادعى عماها وانكر المجني عليه فالقول قوله لان الاصل السلامة وهكذا لو قطع ساعدا وادعى انه لم يكن عليه كف او ساقا وادعى انه لم يكن لها قدم ، وقال القاضي ان اتفقا على انه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه والا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه فانه لايخفى على أهله وجيرانه ومعامليه

لاتحمله العاقلة لانه عمد قتله ، وقال أبو الخطاب تحمله العاقلة لانه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل مالو قتل في دار الحرب مسلماً يظنه حربياً فانه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة ، وقال الشافعي في أحد قوليه لاتحمله لانه عمد يجوز تأديبهما عليه فأشبه القتل من البالغ

ولنا أنه لايتحقق منهما كمال القصد فتحملم العاقلة كشبه العمد ولانه قتل لايوجب القصاص لأجل العذر فأشبه الخطأ وشبه العمد وبهذا فارق ما ذكروه ويبطل ماذكروه بشبه العمد

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أنها لاتحمل الصلح ومعناه أن يدعي عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لانه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه ، وقال القاضي معناه أن يصالح الاولياء عن دم العمد إلى الدية ، والتفسير الاول أولى لان هذا عمد فيستغني عنه بذكر العمد، وممن قال لاتحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس به ولانه لو حملته العاقلة أدى إلى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ أنها لاتحمل الاعتراف وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه

وصفة أداء الشهادة عليه انه كان يتبع الشخص ببصره ويتوقى مايتوقاه البصير ويتجنب البئر واشباهه في طريقه ويعدل في المعطفات خلف من يطلبه

ولنا ان الاصل السلامة فكان القول قول من يدعيها كما لو اختلفا في اسلام المقتول في دار الاسلام وفي حياته ، قولهم لايتعذر اقامة البينة عليه قلنا وكذلك لايتعذر اقامة البينة على مايدعيه الجاني فايجابها عليه اولى من ايجابها على من يشهد له الاصل ، ثم البطل بسائر المواضع التي سلموها ، فان قالوا ههنا مايثبت ان الاصل وجود البصر ، قلنا الظاهر يقوم مقام الاصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته واسلامه

(فصل) ومن ادب ولده او امرأته في النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فافضى الى تلفه لم يضمنه لانه أدب مأذون فيه شرعا فلم يضمن ماتلف به كالحد والتعزير

﴿ مسئلة ﴾ (ويتخرج وجوب الضمان على ماقاله فيما اذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينا او ماتت فعلى عاقلته الدية)

وجملة ذلك ان السلطان اذا بعث الى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينا فمات ضمنه لما روي ان عمر رضي الله عنه بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فبينا هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما انت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول ياأبا

عمد فتجب الدية عليه ولا تحمله العاقلة ولا نعلم فيه خلافا وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبدالعزيز والزهري وسليمان بن موسى والثوري ومالك والأوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث بن عباس فيه ولانه لو وجب عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل اقرار شخص على غيره ولانه يتهم في أن يواطيء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها ، اذا ثبت هذا فانه يلزمه مااعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول أكثرهم

وقال ابو ثور وابن عبد الحكم لايلزمه شيء ولا يصح اقراره لانه مقر على غيره لاعلى نفسه ولانه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل

ولنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح اقراره كما لو أقر باتلاف مال أو بما لاتحمل ديته العاقلة ولأنه محل مضمون فيضمن اذا اعترف به كسائر المحال وانما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فاذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

(المسئلة الخامسة) انها لاتحمل مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك واسحاق وعبد العزيز وعمر بن أبي سلمة ، وبه قال الزهري وقال لاتحمل الثلث أيضاً ، وقال الثوري وابو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقها لان النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف

الحسن فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك افزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، ولو فزعت المرأة فماتت وجبت ديتها أيضا ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لاتضمن المرأة لان ذلك ليس بسبب لهلاكها في العادة

ولنا انها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت .

قوله انه ليس بسبب عادة قلنا اذا كانت حاملا فهو سبب للاسقاط والاسقاط سبب للهلاك ثم لا يعتبر في الضمان كونه سببا معتاداً فان الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك في العادة ومتى أفضت اليه وجب الضمان وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدي الضمان ان كان ظالما لها وان كانت هي الظالمة فاحضرها عند الحاكم فينبغي ان لايضمنها لانها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولانه استوفى حقه فلم يضمن ماتلف به كالقصاص ولكن يضمن جنينها لانه تلف بفعله فأشبه مالو اقتص منها

﴿ مسئلة ﴾ (وان سلم ولده الى السابح ليعلمه فغرق لم يضمنه ويحتمل ان تضمنه العاقلة)

اما اذا سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لانه سلمه اليه

عشر الدية ولا تحمل مادون ذلك لأنه ليس فيه ارش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل الكثير والقليل لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد

ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وانما خولف في الثلث فصاعداً تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي ﷺ « الثلث كثير » ففيما دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري لان النبي ﷺ جعل الثلث كثيراً ، فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا اذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جميعا موجب جناية تزيد على الثلث وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة .

(فصل) وتحمل العاقلة دية الطرف اذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في المسألة التي قبل هذا وحكي عن الشافعي انه قال في القديم لاتحمل مادون الدية لان ذلك يجري مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لاتجب فيه كفارة

يحتاط في حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط في حفظه وقال القاضي قياس المذهب انه لا يضمنه لانه فعل ماجرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ماتلف به كما اذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتاداً فتلف به فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لان الكبير في يد نفسه لاينسب التفريط في هلاكه الى غيره

(مسألة) (وإن أمر انسانا أن ينزل بئراً أو يصعد شجرة فهلك بذلك لم يضمنه) لانه لم يجن ولم يتعد فأشبه ما لو أذن له ولم يأمره إلا أن يكون الآمر السلطان فهل يضمنه ؟ على وجهين

(أحدهما) لا يضمنه كغيره (والثاني) يضمنه لانه يخاف منه إذا خالفه وهو مأمور بطاعته إلا أن يكون المأمور صغيراً لا يميز فيضمنه لانه تسبب إلى إتلافه .

(مسألة) (وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على انسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمنه)

لان ذلك بغير فعله ووضعه ذلك كان في ملكه ، ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لانه تسبب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه ما لو بنى حائطاً مائلا

(مسألة) (وإن أخرج جناحاً الى الطريق أو ميزاباً فسقط على انسان فأتلفه ضمنه)

لان اخراج الجناح إلى الطريق غير جائز لانه تصرف في غير ملكه اذا كان الطريق نافذاً أو غير نافذ ولم يأذن فيه أصحابه اذا سقط على شيء فأتلفه ضمنه لانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق وكذلك الحكم في الميزاب وفي ذلك اختلاف وتفصيل ذكرناه في الغصب والله أعلم

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولان الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس، لأنه كثير يجب ضماناً لحر أشبه ما ذكرنا وما ذكره يبطل بما اذا جنى على الاطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها

(فصل) وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما بلغ ارشه ثلث دية الرجل كدية أنفها وما دون ذلك كدية يدها لا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لانها دون الثلث ولا دية الجنين إن مات منفرداً أو مات قبل موت أمه نص عليه احمد لأنه دون الثلث، وإن مات مع أمه حملتها العاقلة نص عليه لان وجوب ديتهما حصل في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة

(فصل) وإن كان الجاني ذمياً فعقله على عصبته من أهل دينه المعاهدين في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وفي الاخرى لا يتعاقلون لان المعاقلة تثبت في حق المسلم على خلاف الاصل تخفيفاً عنه ومعونة له فلا يلحق به الكافر لان المسلم أعظم حرمة وأحق بالمواساة والمعونة من الذمي ولهذا وجبت الزكاة على المسلمين مواساة لفقرائهم ولم تجب على أهل الذمة لفقرائهم فتبقى في حق الذمي على الاصل . ووجه الرواية الاولى أنهم عصبة يرثونه فيعقلون عنه كعصبة المسلم من المسلمين ولا يعقل عنه عصبته المسلمون لانهم لا يرثونه ولا الحربيون لان الموالاة والنصرة منقطعة بينهم ،

باب مقادير ديات النفس

دية الحر المسلم مائة من الابل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة أو ألف مثقال أو اثنا عشر ألف درهم فهذه الخمس أصول في الدية اذا أحضر من عليه الدية شيئاً منها لزم قبوله

وجملة ذلك أنا اذا قلنا إن هذه الخمس أصول في الدية اذا أحضر من عليه الدية من القاتل أو العاقلة شيئاً منها لزم الولي أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره سواء كان من أهل ذلك النوع أو لم يكن لانها أصول في قضاء الواجب يجزيء واحد منها فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وشاتي الجبران في الزكاة مع الدراهم وكذلك الحكم في الحال اذا قلنا انها أصل

(فصل) ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن الابل أصول في الدية وأن دية الحر المسلم مائة من الابل وقد دلت عليه الاحاديث الواردة منها حديث عمرو بن حزم وحديث عبد الله بن عمرو في دية خطأ العمد وحديث ابن مسعود في دية الخطأ وسنذكرها ان شاء الله تعالى .

قال القاضي لا يختلف المذهب ان أصول الدية الابل والذهب والورق والبقر والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها ، وهذا قول عمر وعطاء وطاوس والفقهاء السبعة ، وبه قال الثوري وابن أبي ليلى وأبو يوسف، ومحمد بن عمرو بن حزم روى في كتابه أن رسول الله ﷺ كتب الى أهل اليمن « وان في النفس

ويحتمل أن يعقلوا عنه اذا قلنا انهم يرثونه لانهم أهل دين واحد يرث بعضهم بعضاً ولا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لانهم لاموالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما

(فصل) وإن تنصر يهودي أو تهود نصراني وقلنا إنه يقر عليه عقل عنه عصبته من أهل الدين الذي انتقل اليه وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين وإن قلنا لايقر لم يعقل عنه أحد لأنه كالمرتد والمرتد لايعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة وتكون جنايته في ماله وكذلك كل من لاتحمل عاقلته جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لاتحملها العاقلة

(فصل) ولو رمى ذمي صيداً ثم اسلم ثم اصاب السهم آدمياً فقتله لم يعقله المسلمون لانه لم يكن مسلماً حال رميه ، ولا المعاهدون لانه قتله وهو مسلم فيكون في مال الجاني ، وهكذا لو رمي وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم انسانا لم يعقله أحد . ولو جرح ذمي ذمياً ثم اسلم الجارح ومات المجروح وكان ارش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من اهل الذمة وما زاد على ارش الجرح لا يحمله أحد ويكون في مال الجاني كما ذكرنا ، وإن لم يكن ارش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم إذا جرح مسلماً ثم ارتد . ويحتمل أن تحمل الدية كلها العاقلة في المسألتين لان

المؤمنة مائة من الابل وعلى أهل الورق الف دينار » رواه النسائي وروى ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر الفا ، رواه أبو داود وابن ماجة وروى الشعبي أن عمر جعل على أهل الذهب الف دينار ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيباً فقال : ألا ان الابل قد غلت قال فقوم على أهل الذهب الف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر الفاً وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبوداود

﴿ مسألة ﴾ (وفي الحلل روايتان)

(احداهما) ليست أصلا لقول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل . (والثانية) أنها أصل لما ذكرنا من قول عمر حين قام خطيباً فجعل على أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وهذا كان بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وكل حلة بردان

﴿ مسألة ﴾ (وعن أحمد رحمه الله أن الابل هي الاصل خاصة)

وهذا ظاهر كلام الخرقي وذكرها أبو الخطاب عن أحمد وهو قول طاوس والشافعي وابن المنذر لقول النبي ﷺ « ألا ان في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط مائة من الابل » ولان النبي ﷺ فرق بين دية العمد والخطأ فغلظ بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الابل ولانه بدل متلف حقاً لآدمي فكان متعينا كعوض الاموال وحديث ابن عباس يحتمل أن النبي ﷺ أوجب الورق بدلا

الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسئلة الاولى إذا كان عمداً ويحتمل أن لاتحمل العاقلة شيئا لان الارش انما يستقر باندمال الجرح أو سرايته

(فصل) إذا تزوج عبد معتقة فأولدها اولاداً فولاؤهم لمولى امهم وان جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لانه عصبته ووارثه فان أعتق ابوه ثم سرت الجناية او رمى بسهم فلم يقع السهم حتى اعتق ابوه لم يحمل عقله أحد لان موالي الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالي الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون ارش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ماقلنا في المسئلة التي قبلها

(فصل) وإن جنى الرجل على نفسه خطأ او على اطرافه ففيه روايتان . قال القاضي اظهرهما ان على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه او ارش جرحه لنفسه إذا كان اكثر من الثلث وهذا قول الاوزاعي وإسحاق لما روي إن رجلا ساق حماراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هي يد من ايدي المسلمين لم يصبها اعتداء على احد ولم نعرف له مخالفاً في عصره ولانها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلته كما لو قتل غيره . فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء لانه لايجب للانسان شيء على نفسه وان كان بعضهم وارثاً سقط عنه مايقابل نصيبه وعليه مازاد على نصيبه وله ما بقي ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه

من الابل وانما الخلاف في كونها أصلا وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الاصل الابل فان ايجابه لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الابل ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن ايجابها تقويما للابل ، ولا كان لغلاء الابل أثر في ذلك ولا لذكره معنى . وقد روي أنه كان يقوم الابل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل ان دية الذمي أربعة آلاف وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف

(فصل) اذا قلنا إن الاصول خمسة فان قدرها ما ذكرنا في المسئلة في أول الباب ولم يختلف القائلون بهذه الاصول في قدرها من الذهب ولا من سائرها إلا الورق فان الثوري وأبا حنيفة قالوا : قدرها من الورق عشرة آلاف ، وحكي ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة آلاف ولان الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتا درهم وبما ذكرناه قال الحسن وعروة مالك والشافعي في قول وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس لما ذكرنا من حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولان الدينار معدول باثني عشر درهما بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة دنانير أو ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين درهما وعلى الفقير دينارين أو اثني عشر درهما وهذا أولى مما ذكروه في نصاب الزكاة لانه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر

(والرواية الثانية) جنايته هدر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم ربيعة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وهي اصح لان عامر بن الاكوع بارز مرحباً يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات ولم يبلغنا ان النبي ﷺ قضى فيه بدية ولا غيرها ولو وجبت لبينه النبي ﷺ . ولانه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد ولان وجوب الدية على العاقلة انما كان مواساة للجاني وتخفيفاً عنه وليس على الجاني ههنا شيء يحتاج إلى الاعانة والمواساة فيه فلا وجه لايجابه . ويفارق هذا ما اذا كانت الجناية على غيره فانه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها . فأما ان كانت الجناية على نفسه شبه عمد فهل تجري مجرى الخطأ؟ على وجهين (أحدهما) هي كالخطأ لانها تساويه فيما اذا كانت على غيره (والثاني) لا تحمله العاقلة لانه لا عذر له فأشبه العمد المحض

(فصل) وأما خطأ الامام والحاكم في غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته بغير خلاف اذا كان مما تحمله العاقلة وما حصل باجتهاده ففيه روايتان (إحداهما) على عاقلته أيضا لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه بعث إلى امرأة ذكرت بسوء فاجهضت جنينها فقال عمر لعلي عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك ولانه جان فكان خطؤه على عاقلته كغيره (والثانية) هو في بيت المال وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي حنيفة وإسحاق لان الخطأ يكثر في أحكامه واجتهاده فايجاب عقله على عاقلته يجحف بهم ولانه نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته في مال الله سبحانه وللشافعي قولان كالروايتين

كما أن السائمة من بهيمة الانعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره قال ابن عبد البر: ليس في جعل الدية عشرة آلاف عن النبي ﷺ حديث مرسل ولا مسند وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه

(مسئلة) (وإذا قلنا ان الابل هي الاصل خاصة فعلى من عليه الدية تسليمها الى مستحقها سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه)

لان الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المتلفات المثلية ، وان اعوزت الابل أو لم توجد الا بأكثر من ثمن المثل فله العدول الى الف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي في القديم وقال في الجديد تجب قيمة الابل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الابل ولان ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته عند تعذره كذوات الامثال ولان الابل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها فينبغي أن تجب ، وان كثرت قيمتها كالدنانير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن يقول إذا غلت الابل كلها فأما ان كانت الابل موجودة بثمن مثلها الا أن هذا لم يجدها لكونها في غير بلده فان عمر قوم الدية من الدراهم باثني عشر ألفا ومن الذهب ألف دينار

(مسئلة) (فان كان القتل عمدا أو شبه عمد وجبت أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس

« مسألة » قال (واذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه فان كانت الجناية أكثر من قيمته لم يكن على سيده أكثر من قيمته)

هذا في الجناية التي تؤدى بالمال اما لكونها لاتوجب الا المال واما لكونها موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال فان جناية العبد تتعلق برقبته اذ لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أو ذمة سيده. أو لايجب شيء ولا يمكن الغاؤها لانها جناية آدمي فيجب اعتبارها كجناية الحر ولان جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فجناية العبد أولى، ولا يمكن تعلقها بذمته لانه يفضي إلى الغائها أو تأخير حق المجني عليه إلى غير غاية ولا بذمة السيد لانه لم يجن فتعين تعلقها برقبة العبد ولان الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم لايخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته فما دون او أكثر فان كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين أن يفديه بأرش جنايته او يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وإسحاق، وروي ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد لانه إن دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه، وان سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به، ولان حق المجني عليه لايتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها، وإن طالب المجني عليه بتسليمه اليه وأبى ذلك سيده

وعشرون لبون بنت وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها)

اختلفت الرواية عن أحمد في مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع وكذلك ذكره الخرقي وهو قول الزهري وربيعة ومالك وسليمان بن يسار وأبي حنيفة وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه، وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة في بطونها أولادها، وبهذا قال عطاء ومحمد بن الحسن والشافعي وروي ذلك عن عمر وزيد وأبي موسى والمغيرة رضي الله عنهم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « من قتل مؤمناً متعمداً دفع الى أولياء المقتول فان شاءوا قتلوا وان شاءوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة » وماصولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل رواه الترمذي وقال هو حديث حسن غريب وعن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « الا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها » رواه الامام أحمد وأبو داود وعن عمرو بن شعيب ان رجلا يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة رواه مالك في الموطأ. ووجه الاول ماروى الزهري عن السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعا خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنت لبون وخمساً وعشرين بنت مخاض

لم يجبر عليه لما ذكرنا وان دفع السيد عبده فأبى الجاني قبوله وقال بعه وادفع الي ثمنه فهل يلزم السيد ذلك؟ على روايتين . وأما ان كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان (احداهما) ان سيده يخير بين أن يفديه بقيمته أو ارش جنايته وبين أن يسلمه لانه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فان حق المجني عليه لا يزيد على العبد فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته

(والرواية الثانية) يلزمه تسليمه إلا أن يفديه بارش جنايته بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لانه ربما إذا عرض للبيع رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فاذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين . ووجه الرواية الاولى ان الشرع قد جعل له فداءه فكان له فداؤه وكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

(فصل) فان كانت الجناية موجبة للقصاص فعفا ولي الجناية على أن يملك العبد لم يملكه بذلك لانه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى . ولانه أحد من عليه القصاص فلا يملكه بالعفو كالحر ولانه إذا عفي عن القصاص انتقل حقه إلى المال فصار كالجاني جناية موجبة للمال . وفيه رواية أخرى انه يملكه لانه مملوك استحق إتلافه فاستحق إبقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه

(فصل) قال أبو طالب سمعت أبا عبدالله يقول إذا امر غلامه فجنى فعليه ما جنى وان كان أكثر من ثمنه ان قطع يد حر فعليه دية يد الحر وان كان ثمنه أقل . وان امره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه

ولانه حق يتعلق بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والاضحية والخلفة الحامل وقول النبي ﷺ « في بطونها أولادها » تأكيد وهل يعتبر في الخلفات كونها ثنايا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يعتبر لان النبي ﷺ أطلق الخلفات ولم يقيدها فأي ناقة حملت فهي خلفة تجزىء في الدية واعتبار السن تقييد لا يصار اليه إلا بدليل (والثاني) يشترط لان في بعض ألفاظ الحديث «أربعون خلفة ما بين ثنية عامها إلى بازل » ولان سائر أنواع الابل مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الاول والثنية التي لها خمس سنين ودخلت السادسة وقلما تحمل الاثنية ولو أحضرها خلفة سقطت قبل قبضها فعليه بدلها

(فصل) فان اختلفا في حملها رجع إلى أهل الخبرة كما يرجع إلى حمل المرأة في القوابل وان تسلمها الولي ثم قال لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها فقال الجاني بل قد ولدت عندك نظرت فان قبضها بقول أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الظاهر إصابتهم وان قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لان الاصل عدم الحمل

(مسألة) (وان كان القتل خطأ وجبت اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة)

لا يختلف المذهب ان دية الخطأ أخماس كما ذكرنا وهذا قول ابن مسعود والنخعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال عمر بن عبدالعزيز وسليمان بن يسار والزهري والليث وربيعة ومالك والشافعي

قيمة جنايته . وان كانت اكثر من ثمنه لانه بأمره، وكان علي وأبو هريرة يقولان إذا أمر عبده أن يقتل فانما هو سوطه ويقتل المولى ويحبس العبد . وقال احمد حدثنا بهز حدثنا حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن خلاس ان علياً قال إذا أمر الرجل عبده فقتل انما هو كسوطه او كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولانه فوت شيئاً بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره

(فصل) فإن جنى جنايات بعضها بعد بعض فالجاني بين أولياء الجنايات بالحصص وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي . وروي عن شريح انه قال يقضى به لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة لانها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كالجناية على المملوك الذي لم يجن وقال شريح في عبد شج رجلا ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الاول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع الى الثالث الا أن يفديه الأوسط

ولنا انهم تساووا في سبب تعلق الحق به فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الاول أولى لان حقه أسبق، ولا يصح القياس على الملك فان حق المجني عليه أقوى بدليل انها لو وجدا دفعة واحدة قدم حق المجني عليه، ولان حق المجني عليه ثبت بغير رضا صاحبه عوضاً وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض فافترقا

(فصل) وان اعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ماتعلق به من الارش لانه اتلف محل الجناية

هي أخماس إلا انهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون، وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن مسعود قال الخطابي روي أن النبي ﷺ ودى الذي قتل بخيبر بمائة من أبل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض، وروي عن علي والحسن والشعبي والحارث العكلي وإسحاق أنها أرباع كدية العمد سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض، قال طاوس ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض وعشر بني لبون ذكور لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قضى ان من قتل خطأ فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بني لبون ذكور، رواه أبو داود وابن ماجه، وقال أبو ثور الديات كلها اخماس كدية الخطأ لانها بدل متلف فلا يختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه ان دية العمد مغلظة ودية شبه الخطأ والعمد اخماس لان شبه العمد تحمله العاقلة فكان اخماساً كدية الخطأ

ولنا ماروى عبدالله بن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنت لبون » رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه. ولان ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب ولان موجبهما واحد فيصير كانه أوجب أربعين ابنة مخاض، ولان ماقلناه الاقل والزيادة

على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله، وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما اذا اختار امساكه بعد الجناية لانه امتنع من تسليمه باعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه . ونقل ابن منصور عن احمد انه ان أعتقه عالماً بجنايته فعليه الدية يعني دية المقتول وان لم يكن عالما بجنايته فعليه قيمة العبد وذلك لانه اذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما اذا لم يعلم فانه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه اكثر من قيمة مافوته

(فصل) فان باعه أو وهبه صح بيعه لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فان كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الاول وان لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات

﴿مسئلة﴾ قال (والعاقلة العمومة وأولادهم وان سفلوا في احدى الروايتين عن ابي عبدالله، والرواية الاخرى الاب والابن والاخوة وكل العصبة من العاقلة)

العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية تسمى عقلا لانها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل انما سميت العاقلة لانهم يمنعون عن القاتل والعقل المنع ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لانه يمنع من الاقدام على المضار، ولا خلاف بين اهل العلم في ان العاقلة العصبات وان غيرهم من الاخوة من الام وسائر ذوي الارحام

عليه لا تثبت إلا بتوقيف على من ادعاه الدليل، فاما قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لانهم لم يدعوا القتل إلا عمداً فتكون ديته دية العمد وهي من اسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ، وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

(مسئلة) (ويؤخذ في البقر النصف مسنات والنصف أتبعة وفي الغنم النصف ثنايا والنصف اجذعة إذا كانت الغنم ضأنا) لان دية الابل من الاسنان المقدرة في الزكاة فكذلك للبقر والغنم

(مسئلة) (ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك اذا كان سليما من العيوب وقال أبو الخطاب تعتبر ان تكون القيمة لكل بعير مائة وعشرين درهما، وظاهر هذا أنه يعتبر في الأصول كلها ان تبلغ دية من الأثمان والاول أولى)

الصحيح أنه لا تعتبر قيمة الابل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها وهو ظاهر كلام الخرقي وسواء قلت قيمتها أو كثرت وهو ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا ان مذهب أحمد ان تؤخذ مائة من الابل قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فان لم يقدر على ذلك ادى اثنى عشر الف درهم أو الف دينار لان عمر قوم الابل على أهل الذهب الف مثقال وعلى أهل الورق اثنى عشر الف درهم فدل على ان ذلك قيمتها ولان هذه أبدال محل واحد فيجب ان تساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمتلف في المثليات

والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا هم من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين هل هم من العاقلة أو لا وعن احمد في ذلك روايتان (احداهما) كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه واخوته وعمومته وأبناؤهم .وهذا اختيار ابي بكر والشريف ابي جعفر وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ ان عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً الا ما فضل عن ورثتها وان قتلت فعقلها بين ورثتها . رواه ابو داود ولانهم عصبة فأشبهوا الاخوة ، يحققه ان العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ولان العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الاقرب فالاقرب وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا اولى بتحمل عقله

(والرواية الثانية) ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة وهو قول الشافعي لما روى ابو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى فقتلتها فاختصموا الى رسول الله ﷺ فقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه .وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل النبي ﷺ ميراثها لبنيها والعقل على العصبة . رواه ابو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر بن عبدالله قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ «ميراثها لزوجها وولدها» رواه ابو داود

اذا ثبت هذا في الاولاد قسنا عليه الوالد لانه في معناه ولان مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل

ولنا قول النبي ﷺ « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا مطلق فتقييده يخالف اطلاقه فلم يجب الا بدليل ولانها كانت تؤخذ على عهد النبي ﷺ وقيمتها ثمانية آلاف،وقول عمر في حديثه ان الابل قد غلت فقومها على أهل الورق اثنى عشر الفاً دليل على أنها في حال رخصها أقل قيمة من ذلك وقد كانت تؤخذ في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فايجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله ﷺ ولان النبي ﷺ فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ وأجمع عليه أهل العلم ، واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما وجمع بين ما فرق الشارع وازالة التخفيف والتغليظ جميعاً بل هو تغليظ لدية الخطأ لان اعتبار ابنة مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جدا فيكون تغليظا لدية الخطأ وتخفيفا لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع وورد به ، ولان العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقاق والجذعات فلو كانت تؤدى على عهد رسول الله ﷺ بقيمة واحدة ويعتبر فيها ذلك لنقل ولم يجز الاخلال به لان ما ورد الشرع به مطلقاً انما يحمل على العرف والعادة فاذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وايضاحه لئلا يكون تلبيسا في الشريعة وإيهامهم ان حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي ﷺ بعث للبيان قال الله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) فكيف يحمل قولهم على الالباس والالغاز هذا لايحل ثم لو حمل الامر على ذلك لكان ذكر الاسنان عبثا غير مفيد فان فائدة ذلك انما هو لكون

شهادتهما له ولا شهادته لهما ووجب على كل واحد منهما الانفاق على الآخر اذا كان محتاجا والآخر موسراً وعتق عليه اذا ملكه فلا تجب في ماله دية كما لم يجب في مال القاتل . وظاهر كلام الخرقي ان في الاخوة روايتين كالولد والوالد ، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا اعلم فيه عن غيرهم خلافا

(فصل) فان كان الولد ابن ابن ابن عم او كان الوالد والد [1] مولى او عصبة مولى فانه يعقل في ظاهر كلام احمد قاله القاضي . وقال أصحاب الشافعي لا يعقل لانه والد أو ولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك

ولنا انه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فاذا وجد مع ما لا يثبت به الحكم أثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه مع القرابة الاخرى بدليل انه يلي نكاحها مع ان الابن لا يلي النكاح عندهم

(فصل) وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته ومولى المولى وعصبته وغيرهم وبهذا قال عمر بن عبد العزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانهم عصبة يرثون المال اذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبي ﷺ قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها ، ولان الموالى من العصبات فأشبهوا المناسبين

(1) في نسخة أو كان الولد أو الوالد

اختلاف أسنانها مظنة لاختلاف القيم فاقيم مقامه ولان الابل الاصل في الدية فلا يعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق، ولانها أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالابل في السلم وشاة الجبران، وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فان الابل كانت تؤخذ قبل ان تغلو ويقومها عمر وقيمتها أكثر من اثنى عشر الفا وقد قيل ان قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر دية الكتابي اربعة آلاف، وقولهم انها أبدال محل واحد فلنا ان نمنع ونقول البدل انما هو الابل وغيرها معتبر بها وان سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فانه لا يعتبر تساويهما، وينتقض أيضاً بشاة الجبران مع الدراهم، وأما بدل القرض والمتلف فانما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب الا عند العجز عنه بخلاف مسئلتنا، فان قيل فهذا حجة عليكم لقولكم ان الابل هي الاصل وغيرها بدل عنها فيجب ان يساويها كالمثل والقيمة ، قلنا اذا ثبت لنا هذا ينبغي ان يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لان البدل يتبع الاصل ولا يتبع الاصل البدل على انا نقول إنما صيرالى التقدير بهذا لان عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير اليه كيلا يؤدي الى التنازع والاختلاف في قيمة الابل الواجبة كما قدر لبن المصراة بصاع من التمر نفياً للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الاصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع في قيمة الابل مع وجودها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرض مساواة المقرض فاعتبر كل واحد من بدليه به والابنة غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته ، وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاه والحلل يجب أن يكون مبلغ الواجب من

(فصل) ولا يدخل في العقل من ليس بعصبة ولا يعقل المولى من اسفل وبه قال ابو حنيفة وأصحاب مالك . وقال الشافعي في أحد قوليه يعقل لانهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالاخوين . ولنا انه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي . وماذكروه يبطل بالذكر مع الانثى والكبير مع الصغير والعاقل مع المجنون

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته ، ولا الحليف وهو الرجل يحالف الآخر على ان يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم الى عشيرة فيعد نفسه معهم وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث ، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذي هو معهم . ولنا انه معنى يتعلق بالعصبة فلا يستحق بذلك كولاية النكاح

(فصل) ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يتحملون جميع الدية فان عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين . ولنا ان النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة[1] ولانه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ أولى من قضاء عمر ، على انه ان صح ماذكر عنه فيحتمل انهم كانوا عشيرة القاتل

(١) في نسخة على عصبة العاقلة

كل صنف منها اثني عشر ألفاً فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتساوى الابدال كلها .

(مسئلة) (ويؤخذ في الحلل المتعارف من ذلك باليمن)

وهي مائتا حلة كل حلة بردان فتكون أربعمائة بردة ، فان تنازعا جعلت قيمة كل حلة ستين درهما ليبلغ قيمة الجميع اثني عشر الف درهم .

(فصل) ولا يقبل في الابل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس إبله ولا إبل بلده . وقال القاضي وأصحاب الشافعي الواجب عليه من جنس إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لان وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها من جنس مالهم كالزكاة فاذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي أخذ من كل واحد من جنس ما عنده وان كان عنده واحد صنفان ففيه وجهان

(أحدهما) يؤخذ من كل صنف بقسطه (والثاني) يؤخذ من الاكثر فان استويا دفع من أيهما شاء فان دفع من غير ابله خيرا من ابله أو مثلها جاز كما لو أخرج في الزكاة خيرا من الواجب، وان كان ادون لم يقبل الا أن يرضى المستحق، وان لم يكن له ابل فمن غالب ابل البلد فان لم يكن في البلد ابل وجبت من غالب ابل أقرب البلاد اليه فان كانت ابله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من صنف ما عنده لانه بدل متلف فلا يؤخذ فيه معيب كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال أصحابنا في البقر والغنم

(فصل) ويشترك في العقل الحاضر والغائب وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وانما هي بين الحاضرين ولان في قسمته على الجميع مشقة، وعن الشافعي كالمذهبين ولنا الخبر وانهم استووا في التعصيب والارث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين، ولانه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية

(فصل) ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالاقرب يقسم على الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك ابداً حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الاقرب فالاقرب كالميراث سواء ، وإن قلنا للآباء والابناء من العاقلة بدىء بهم لانهم أقرب، ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم لانه حق يستحق بالتعصيب فيقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح، وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالاب ؟ على وجهين (أحدهما) يقدم لانه يقدم في الميراث فقدم في العقل كتقديم الاخ على ابنه (والثاني) يستويان لان ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر للأم في التعصيب، والاول أولى ان شاء الله تعالى لان قرابة الام تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم ، وذلك لان القرابتين تنقسم الى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم إن كان أخا من أم فانه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا مفردا يرث السدس بالاخوة ويرث بالتعصيب

ولنا قول النبي ﷺ في النفس المؤمنة مائة من الابل أطلق الابل فمن قيدها احتاج الى دليل ولانها بدل متلف فلم يختص بجنس ماله كبدل سائر المتلفات ، ولانها حق ليس سببه المال فلم يعتبر فيه كونه من جنس ماله كالسلم فيه والقرض ولان المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص بجنس مال من وجب عليه، وفارق الزكاة فانها وجبت على سبيل المواساة ليشارك الفقراء الاغنياء فيما أنعم الله عليهم به فاقتضى كونه من جنس أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله وقولهم انها مواساة لا يصح وانما وجبت جبراً للفائت كبدل المال المتلف ، وانما العاقلة تواسي القاتل فيما وجب بجنايته ولهذا لا تجب من جنس أموالهم اذا لم يكونوا ذوي ابل والواجب بجنايته ابل مطلقة فتواسيه في تحملها ولانها لو وجبت من جنس مالهم لوجبت المريضة من المراض والصغيرة من الصغار كالزكاة

(فصل) ودية المرأة نصف دية الرجل، إذا كانت المرأة حرة مسلمة فديتها نصف دية الحر المسلم أجمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وحكى غيرهما عن ابن علية والاصم أنهما قالا ديتها كدية الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا قول شاذ يخالف اجماع الصحابة وسنة النبي ﷺ فان في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وهو أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ما ذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له

﴿ مسئلة ﴾ (وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى ثلث الدية فاذا زادت صارت على النصف)

ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الاخرى فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ من أم على غيره، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الاخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره وبما ذكرناه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم، لان النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة

ولنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الاقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لاننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك

(فصل) ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وان كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل فان قريشا وان كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الادنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد؟ لكن ان كان من فخذ واحد يعلم أن جميعهم يتحملون وجب أن يحمل جميعهم سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف للعلم بانه متحمل على أي وجه كان وان لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال، لان المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث بمعنى أنه

روي هذا عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة والزهري وقتادة وربيعة ومالك قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكي عن الشافعي في القديم وقال الحسن يستويان الى النصف، وروي عن علي رضي الله عنه أنها على النصف فيما قل أو أكثر، وروي ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي في ظاهر مذهبه. واختاره ابن المنذر لانهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ولانها جناية لها ارش فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد، وروي عن ابن مسعود أنه قال تعاقل المرأة الرجل الى نصف عشر الدية فاذا زاد على ذلك فهي على النصف كأنها تساويه في الموضحة، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ما سواه قال ربيعة قلت لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة؟ قال عشر قلت ففي أصبعين قال عشرون قلت ففي ثلاث أصابع؟ قال ثلاثون قلت ففي أربع قال عشرون قال فقلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال هكذا السنة يا ابن أخي وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ رواه سعيد ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم اذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك الا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولان ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والانثى بدليل الجنين فانه يستوي فيه دية الذكر والانثى، فأما الثلث

يؤخذ ميراثه لبيت المال فكذلك يعقلونه على هذا الوجه وان وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال كذلك .

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لا تكلف من المال ما يجحف بها ويشق عليها لانه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة، ولانه لو كان الاجحاف مشروعا كان الجاني أحق به لانه موجب جنايته وجزاء فعله فاذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى، واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد يحملون على قدر ما يطيقون، فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك ، لان التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها إلى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد رواية أخرى أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لانه أقل مال يتقدر في الزكاة فكان معتبراً بها. ويجب على المتوسط ربع مثقال لان مادون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه وقد قالت عائشة رضي الله عنها لا تقطع اليد في الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لاقله حد ، لان ذلك مال يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة، قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك ؛ والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار اليه بتوقيف ولا

نفسه نفيه روايتان (احداهما) يستويان فيه لانه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به (والثانية) يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية ويجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولان الثلث في حد الكثرة لقوله عليه الصلاة والسلام « والثلث كثير » ولان العاقلة تحمله فدل على أنه مخالف لما دونه ، فأما دية نساء سائر أهل الاديان فقال أصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهم الى الثلث لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولان الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل الى ثلث دية الرجل المسلم لانه القدر الكثير الذي ثبت له التنصيف في الاصل وهو دية وهكذا ارش جراحة المسلمين

(مسئلة)(ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وذلك ثلاثة أرباع دية الذكر لانه يحتمل الذكورية والانوثية)

وهذا قول أصحاب الرأي وعند الشافعي الواجب دية أنثى لانها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ولنا أنه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين

توقيف فيه وانه يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالقرب والبعد كذلك واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه ، فقال بعضهم يتكرر الواجب في الاعوام الثلاثة فيكون الواجب فيها على الغني دينارا و نصفاً وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار لانه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم لا يتكرر لان في إيجاب زيادة على النصف ايجابا لزيادة على أقل الزكاة فيكون مضراً ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لانه حال الوجوب فاعتبر الحال عنده كالزكاة وان اجتمع من عدد العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل انسان على حسب ما يراه وان قل وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغني ويعم بذلك جميعهم وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير الى الشيء التافه ولانه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه .

ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فغير صحيح ، لان مشقة زيادة الواجب أعظم من مشقة الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد وسهولة الواجب عليهم ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فمن خصه بالاجتهاد فعليه فيه مشقة وربما

(فصل) ويقاد به الذكر والانثى لانهما لا يختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما فأما جراحه فان كانت دون الثلث استوى الذكر والانثى لان أدنى حاليه أن يكون امرأة وهي تساوي الذكر على ما بينا وفيما زاد ثلاثة أرباع حر ذكر

(فصل) ودية الكتابي نصف دية المسلم إذا كان حرا ونساؤهم على النصف من دياتهم هذا ظاهر المذهب وهو قول عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب وعنه أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فروى عنه صالح أنه قال : كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهذا صريح في الرجوع عنه ، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي واسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف» وروي أن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم

وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة : ديته كدية المسلم ، وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم ، وقال ابن عبد البر هو قول سعيد بن المسيب والزهري

لم يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الايجاب ، وان خصه بالتحكم أفضى الى انه يخير بين ان يوجب على انسان شيئاً بشهوته من غير دليل وبين ان لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لايؤدي شيئاً مع التساوي من كل الوجوه .

(فصل) ومن مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لانعلم في هذا خلافا لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فاشبه الزكاة وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لأنه خرج عن اهلية الوجوب فأشبه مالو مات قبل الحول .

ولنا انه حق تدخله النيابة لايملك اسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ماقبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب فأما إن كان فقيراً حال القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لانه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبياً فبلغ أو مجنوناً فأفاق عند الحول وجب عليه كذلك ويحتمل أن لايجب لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر اذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال « دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم » ولان الله سبحانه ذكر في كتابه دية المسلم وقال (ودية مسلمة إلى أهله) وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولانه حر ذكر معصوم فتكمل ديته كالمسلم

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قضى أن عقل اهل الكتاب نصف عقل المسلمين رواه الامام أحمد وفي لفظ دية المعاهد نصف دية الحر قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا ولا بأس باسناده وقد قال به أحمد وقول رسول الله ﷺ أولى . فأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن والظاهر أنه ليس بصحيح وحديث عمر انما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح يزيل الاشكال وفيه جمع للاحاديث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدما على قول عمر وغيره بغير اشكال فقد كان عمر رضي الله عنه اذا بلغه عن النبي ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لاحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ ، وأما ما احتج به الآخرون فان الصحيح من حديث عمرو بن شعيب ماروينا اخرجه الائمة في كتبهم دون ماروه ، وأما مارووه من قول الصحابة فقد روي عنهم خلافه فيحمل قولهم في ايجاب الدية

﴿مسئلة﴾ قال (وليس على فقير من العاقلة ولا امرأة ولا صبي ولا زائل العقل حمل شيء من الدية)

أكثر أهل العلم على أنه لامدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لايعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لايلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل وذكره ابو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الاول لان تحمل العقل مواساة فلا يلزم الفقير كالزكاة ، ولانها وجبت على العاقلة تخفيفاً عن القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لاجناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له مالا يقدر عليه ولأننا أجمعنا على انه لايكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لايكون له شيء أصلا.

وأما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لان فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة

(فصل) ويعقل المريض اذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ اذا لم يبلغ حد الهرم لانهما من أهل النصرة والمواساة وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان

كاملة على سبيل التغليظ . قال أحمد انما غلظ عثمان الدية عليه لانه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية ، ومثل هذا ماروي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال عمر لحاطب : اني أراك تجيعهم لاغرمنك غرماً يشق عليك فغرمه مثلي قيمتها .

﴿ مسئلة ﴾ (وجراحاتهم على النصف من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم قياساً عليهم)

قال الاثرم قيل لابي عبد الله جني على مجوسي في عينه وفي يده؟ قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده؟ قال بالنصف من ديته

﴿ مسئلة ﴾ (ونساؤهم على النصف من دياتهم)

لا نعلم في هذا خلافاً قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولانه لما كان دية نساء المسلمين على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب قياساً عليهم.

﴿ مسئلة ﴾ (ودية المجوسي والوثني ثمان مائة درهم)

ذهب أكثر أهل العلم في دية المجوسي قال أحمد ما أقل من اختلف في دية المجوسي وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي واسحاق ويروى عن عمر بن عبد العزيز انه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي ﷺ « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ، وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي : ديته كدية المسلم لانه آدمي حر معصوم فأشبه المسلم

(أحدهما) لايعقلان لانهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لايجب عليهما الجهاد ولا يقتلان اذا كانا من أهل الحرب وكذلك يخرج في الاعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى

(والثاني) يعقلون لانهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا ينتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن لم يكن له عاقلة أخذ من بيت المال فان لم يقدر على ذلك فليس على القاتل شيء)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدهما) أن من لاعاقلة له هل يؤدي من بيت المال أو لا ؟ فيه روايتان : (احداهما) يؤدى عنه وهو مذهب الزهري والشافعي لان النبي ﷺ ودى الانصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال ، وروي أن رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر ياأمير المؤمنين لايطل دم امرىء مسلم فأدى ديته من بيت المال ولان المسلمين يرثون من لاوارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه

(والثانية) لايجب ذلك لان بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين والفقراء ولا عقل عليهم فلا يجوز صرفه فيما لايجب عليهم ولان العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فكان اجماعا وقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يعني في اخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لاتحل لنا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا بالكتابي لنقصان ديته وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل وسواء كان المجوسي ذميا أو مستأمنا لانه محقون الدم ، ونساؤهم على النصف من دياتهم وجراح كل واحد معتبرة من ديته كالمسلم

﴿ مسألة ﴾ (فأما عبدة الاوثان وسائر من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسن فلا ذمة لهم وإنما تحقن دماؤهم بالامان)فاذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي لانها أقل الديات فلا ينقص عنها ولانه كافر ذو عهد لا تحل منا كحته فأشبه المجوسي

﴿ مسألة ﴾ (ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه)

من لم تبلغه الدعوة من الكفار ان وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير ان يعطى امانا فلا ضمان فيه لانه لا عهد له ولا ايمان فاشبه امرأة الحربي وابنه الصغير وإنما حرم قتله لتبلغه الدعوة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو الخطاب ان كان ذا دين فديته دية أهل دينه وهو مذهب الشافعي لانه محقون الدم أشبه من له امان والاول أولى فان هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم

كعصبة هذا . فأما قتيل الانصار فغير لازم لان ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وانما النبي ﷺ تفضل عليهم وقولهم انهم يرثونه قلنا ليس صرفه الى بيت المال ميراثاً بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة إلى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم لا يجب العقل على الوارث اذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وإن لم يكن وارثاً فعلى الرواية الاولى اذا لم يكن له عاقلة أديت الدية عنه كلها من بيت المال وإن كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة أو في ثلاث سنين؟ على وجهين (أحدهما) في ثلاث سنين على حسب ما يؤخذ من العاقلة (والثاني) يؤدى دفعة واحدة وهذا أصح لان النبي ﷺ أدى دية الانصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولان الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر بدل المتلفات وانما أجل على العاقلة تخفيفاً عنهم ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع

(الفصل الثاني) اذا لم يمكن الاخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا أحد قولي الشافعي لان الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل انه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فان الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد ويتخرج ان تجب الدية على

ولانه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان فاما ان كان له عهد ففيه دية أهل دينه فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لانه اليقين والزيادة مشكوك فيها

(فصل) ودية العبد والامة قيمتهما بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر أجمع أهل العلم على ان في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته فان بلغت قيمته دية أو زادت عليها فذهب أحمد رحمه الله في المشهور عنه الى ان فيه قيمته بالغة ما بلغت عمداً كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز واياس بن معاوية والزهري ومكحول ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة ومحمد لا يبلغ به دية الحر وحكاها أبو الخطاب رواية عن أحمد وقال أبو حنيفة ينقص عن دية الحر دينارا وعشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق هذا اذا ضمن بالجناية وان ضمن باليد مثل ان يغصب عبداً فيموت في يده فان قيمته تجب وان زادت على دية الحر واحتجوا بانه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لان الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو اشرف لخلوه عن نقص الرق كان تنبيها على ان العبد المنقوص لا يزاد عليها فتجعل مالية العبد معياراً للقدر الواجب فيه مالم يزد على الدية فان زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كارش مادون الموضحة يجب فيه ماتخرجه الحكومة مالم يزد على ارش الموضحة فنرده اليها

القاتل اذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله (ودية مسلمة إلى أهله)ولان قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فاذا لم يؤخذ ذلك بقي واجباً عليه بمقتضى الدليل ، ولان الامر دائر بين ان يطل دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف لايجوز الاول لان فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني ولان اهدار الدم المضمون لانظير له وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر فان المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله والذمي الذي لاعاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهما ثم أسلم او كان مسلماً فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه ثم أصاب بسهم انسانا فقتله كانت الدية في ماله لتعذر حمل عاقلته عقله كذلك ههنا فنحرر منه قياساً فنقول : قتيل معصوم في دار الاسلام تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصورة وهذا أولى من اهدار دماء الاحرار في أغلب الاحوال فانه لايكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل إلى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء ويفوت حكم إيجاب الدية ، وقولهم إن الدية تجب على العاقلة ابتداء ممنوع وانما تجب على القاتل ثم تتحملها العاقلة عنه ، وان سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم اما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ماذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل ان تعذر حمل جميعها أو باقيها ان حملت العاقلة بعضها والله أعلم

ولنا انه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة مابلغت كالفرس اومضمون بقيمته فكانت جميع القيمة مضمونة كالو ضمنه باليد ويخالف الحر فانه ليس مضمونا بالقيمة وانما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزه ولان ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا

(فصل) ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد قال الخطابي أجمع عوام الفقهاء على ان المكاتب عبد مابقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه الا ابراهيم النخعي فانه قال في المكاتب يودى بقدر ماأدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه وقد روى أبو داود في سننه والامام احمد في مسنده حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبي عبد الله قال حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في المكاتب يقتل أنه يودى ماأدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وقال الخطابي إذا صح الحديث وجب القول به اذا لم يكن منسوخاً أو معارضاً بما هو أولى منه

﴿مسألة﴾ (وفي جراحه ان لم يكن مقدرا في الحر مانقصه بعد التئام الجرح كسائر الاموال وان كان مقدراً في الحر فهو مقدر في العبد من قيمته ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وعنه انه يضمن بما نقص اختاره الخلال وجملة ذلك ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبرا لما فات بالجناية ولا تجبر الا بإيجاب مانقص

«مسألة» (قال ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ونساؤهم على النصف من دياتهم)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب عمر بن عبد العزيز وعروة ومالك وعمرو بن شعيب ، وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها فان صالحا روى عنه أنه قال كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه وهـذا صريح في الرجوع عنه ، وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار والشافعي وإسحاق وأبو ثور لما روى عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال « دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف» وروي عن عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف ودية المجوسي ثمانمائة درهم، وقال علقمة ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وابو حنيفة ديته كدية المسلم، وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعاوية رضي الله عنهم ، وقال ابن عبد البر: وهو قول سعيد بن المسيب والزهري لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم » ولان الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم فقال (ودية مسلمة إلى أهله) وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولانه ذكر حر معصوم فتكمل ديته كالمسلم

من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لان حق المجني عليه قد انجبر فلا تجب له زيادة على مافوته الجاني عليه هذا هو الاصل ولا نعلم فيه خلافاً فيما ليس فيه مقدر شرعي فان كان الفائت بالجناية مؤقتا في الحر كيده وموضحته ففيه عن أحمد روايتان (إحداهما) ان فيه أيضاً مانقصه بالغا ما بلغ وذكر أبو الخطاب انه اختيار الخلال وروى الميموني عن احمد أنه قال انما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس وروي هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لان ضمانه ضمان الاموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم ولان ما ضمن بالقيمة بالغا ما بلغ ضمن نقصه بما نقص كسائر الاموال ولان مقتضى الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان نفسه بالدية الموقتة ففي الوقت يبقى فيهما على مقتضى الدليل والرواية الاخرى ان ما كان موقتا في الحر فهو موقت في العبد من قيمته ففي يده أو عينه أو شفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالانف واللسان واليدين والرجلين والعينين والاذنين اوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه وروي هذا عن علي رضي الله عنه وروي نحوه عن سعيد بن المسيب وبه قال ابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشافعي والثوري قال أحمد هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون ما اصيب به العبد فهو على مانقص من قيمته والظاهر ان هذا لو كان قول علي لما احتج احمد إلا به دون غيره الا ان ابا حنيفة والثوري قالا ما أوجب الدية من الحر

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « دية المعاهد نصف دية المسلم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قضى ان عقل الكتابي نصف عقل المسلم رواه الامام أحمد ، وفي لفظ دية المعاهد نصف دية الحر قال الخطابي ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ولا بأس باسناده ، وقد قال به احمد وقول رسول الله ﷺ أولى ولانه نقص مؤثر في الدية فأثر في تنصيفها كالانوثة ، وأما حديث عبادة فلم يذكره أهل السنن ، والظاهر أنه ليس بصحيح ، وأما حديث عمر فانما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ النصف فهذا بيان وشرح مزيل للاشكال ففيه جمع للاحاديث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي ﷺ مقدما على قول عمر وغيره بغير اشكال فقد كان عمر إذا بلغه عن النبي ﷺ سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لاحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله ﷺ ؟ فاما مااحتج به الآخرون فان الصحيح من حديث عمرو بن شعيب مارويناه أخرجه الأئمة في كتبهم دون ماروه ، وأما ماروه من أقوال الصحابة فقد روي عنهم خلافه فنحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التغليظ قال احمد انما غلظ عثمان الدية عليه لانه كان عمداً فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية

يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني وبين ان لايضمنه شيئا لئلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد وروي عن اياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمدا أو قلع عينه هو له وعليه ثمنه ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم يعرف له من الصحابة مخالف ولانه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر ولان أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الاربع عند مالك وماوجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه كالحر وعلى أبي حنيفة قول علي وأن هذه الاعضاء فيها مقدر فوجب ذلك مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الاعضاء وقولهم انه اجتمع البدل والمبدل لواحد لا يصح لان القيمة ههنا بدل العضو واحدة والرواية الاولى اقيس وأولى ان شاء الله تعالى ولم يثبت ماروي عن علي وان ثبت فقد روي عن ابن عباس خلافه فلا يبقى حجة والقياس على الحر لا يصح لانهم لم يسووا بينه وبين الحر فيما ليس فيه مقدر شرعي فانهم أوجبوا فيه مانقصه وان كان في عضو فيه مقدر شرعي فانهم اوجبوا فيه ما نقصه وان كان في عضو فيه مقدر كالجناية على الاصبع من غير قطع اذا نقصت قيمته العشر أو اكثر بخلاف الحر وقد ذكرنا دليل ذلك في صدر المسئلة

(فصل) والامة مثل العبد فيما ذكرنا وفيه من الخلاف مافيه الا أنها تشبه بالحرة ولا تفريع على الرواية الاولى فاما على الثانية فان بلغت قيمتها احتمل ان ترد الى النصف فيكون في ثلاثة أصابع ثلاثة

ومثل هذا ماروي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل مزني فقال لحاطب اني أراك تجيعهم لأغرمنك غرما يشق عليك فأغرمه مثلي قيمتها، فامادیات نسائهم فعلى النصف من دياتهم لانعلم في هذا خلافا ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولانه لما كان دية نساء المسلم على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب على النصف من دياتهم

(فصل) وجراحاتهم من دياتهم كجراح المسلمين من دياتهم وتغلظ دياتهم باجتماع الحرمات عند من يرى تغليظ ديات المسلمين بها كتغليظ ديات المسلمين . قال حرب قلت لابي عبد الله فان قتل ذمياً في الحرم قال يزاد أيضا على قدره كما يزاد على المسلم ، وقال الاثرم قيل لابي عبد الله جني على مجوسي في عينه وفي يده ، قال يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده ، قال بالنصف من ديته

﴿ مسألة ﴾ قال (فان قتلوا عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم لازالة القود)

هكذا حكم عثمان بن عفان رضي الله عنه هذا يروى عن عثمان رواه أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه ان رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الف دينار فصار اليه

اعشار قيمتها وفي أربعة اصابع خمسها كما ان المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فاذا بلغت الثلث ردت إلى النصف والامة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كارش الحرة، ويحتمل أن لا ترد الى النصف لان ذلك في الحرة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كل مازاد نقصها وضررها زاد في ضمانها فاذا خولف في الحرة بقينا في الامة على وفق الاصل

﴿ مسألة ﴾ (ومن نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وكذلك في جراحه)

وجملة ذلك ان من نصفه حر إذا جنى عليه الحر فلا قود عليه لانه ناقص بالرق فاشبه مالو كان كله رقيقا وان كان قاتله عبداً اقيد منه لانه أكمل من الجاني ، وان كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما، وفي ذلك كله اذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمداً وان كان خطأ ففي ماله نصف قيمته لان العاقلة لا تحمل العبد والنصف على العاقلة لانها دية حر في الخطأ ، وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من ارشها يبلغ ثلث الدية مثل ان يقطع أنفه أو يديه وان قطع احدى يديه فالجميع على الجاني لان نصف دية اليد ربع ديته فلا تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث

﴿ مسألة ﴾ (وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه أو اذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملك السيد عنه وان قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمته مقطوع الذكر وملك سيده باق عليه)

احمد اتباعاً له وله نظائر في مذهبه فانه اوجب على الاعور لما قلع عين الصحيح دية كاملة حين درأ القصاص عنه واوجب على سارق التمر مثلي قيمته حين درأ عنه القطع، وهذا حكم النبي ﷺ في سارق التمر فيثبت مثله ههنا، ولو كان القاتل ذمياً أو قتل ذمي مسلما لم تضعف الدية عليه لان القصاص عليه واجب في الموضعين، وجمهور أهل العلم على ان دية الذمي لا تضاعف بالعمد لعموم الاثر فيها ولانها دية واجبة فلم تضاعف كدية المسلم أو كما لو كان القاتل ذميا ولا فرق في الدية بين الذمي وبين المستأمن لان كل واحد منهما كتابي معصوم الدم، وأما المرتد والحربي فلا دية لهما لعدم العصمة فيهما

﴿ مسألة ﴾ قال (ودية المجوسي ثماني مائة درهم ونساؤهم على النصف)

وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد ما أقل ما اختلف في دية المجوسي؟ وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعطاء وعكرمة والحسن ومالك والشافعي واسحاق، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال ديته نصف دية المسلم كدية الكتابي لقول النبي ﷺ «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي ديته كدية المسلم لانه آدمي حر معصوم فاشبه المسلم

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفاً فكان اجماعا وقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب» يعني في أخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنا، ولا

وفي ذلك اختلاف ذكرناه وعلى الرواية الاخرى يلزمه مانقص من قيمته ودليلها ماسبق

(فصل) (ودية الجنين الحر المسلم إذا سقط ميتاً غرة عبد أو امة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا ذكراً كان أو انثى، وهو نصف عشر الدية)

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالاضافة والصفة أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه قال مهلهل

كل قتيل في كليب غره حتى ينال القتل آل مره

وجملة ذلك ان في جنين الحرة المسلمة غرة هذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر رضي الله عنه وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقد روي ان عمر استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة، وعن أبي هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ ان دية جنينها عبد أو أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه، والغرة عبد أو امة سميا بذلك لانهما من أنفس الاموال، والاصل في الغرة الخيار، فان قيل فقد روي في هذا الخبر «او فرس أو بغل» قلنا هذا لم يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل والحديث الصحيح انما فيه عبد او امة

يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي لنقصان دينه وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل وسواء كان المجوسي ذمياً او مستأمناً لأنه محقون الدم ونساؤهم على النصف من دياتهم باجماع وجراح كل واحد معتبرة من ديته ، وإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على القاتل المسلم لازالة القود نص عليه احمد قياساً على الكتابي

(فصل) فأما عبدة الاوثان وسائر من لا كتاب له كالترك ومن عبد ما استحسن فلا دية[1] لهم وانما تحقن دماؤهم بالامان فاذا قتل من له امان منهم فديته دية مجوسي لانها أقل الديات فلا تنقص عنها ، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته فأشبه المجوسي

(1) في نسخة فلا ذمة لهم

(فصل) ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فان قتل قبل الدعوة من غير ان يعطى اماناً فلا ضمان فيه لأنه لا عهد له ولا ايمان فأشبه امرأة الحربي وابنه الصغير وانما حرم قتله لبلوغه الدعوة وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو الخطاب يضمن بما يضمن به أهل دينه وهو مذهب الشافعي لأنه محقون الدم أشبه من له أمان ، والاول اولى فان هذا ينتقض بصبيان اهل الحرب ومجانينهم ولأنه كافر لا عهد له فلم يضمن كالصبيان والمجانين . فأما اذا كان له عهد فله دية أهل دينه فان لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودية الحرة المسلمة نصف دية الحر المسلم)

قال ابن المنذر وابن عبد البر اجمع اهل العلم على ان دية المرأة نصف دية الرجل وحكى غيرهما

(فصل) وانما تجب الغرة إذا سقط من الضربة، ويعلم ذلك بان يسقط عقيب الضرب أو تبقى منها متألمة إلى ان يسقط ،ولو قتل حاملا ولم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة واذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وحكي عن الزهري ان عليه غرة لان الظاهر أنه قتل الجنين فوجبت الغرة كما لو اسقطت

ولنا انه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا يصح له وصية ولا ميراث ولان الحركة يجوز ان تكون لريح في البطن سكنت فلا يجب الضمان بالشك، واما إذا القته ميتا فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء القته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة ان القته بعد موتها لم يضمنه لانه يجري مجرى اعضائها وبموتها سقط حكم اعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه كما لو سقط في حياتها ولانه لو سقط حياً ضمنه فكذلك إذا سقط ميتاً كما لو أسقطته في حياتها، وما ذكروه غير صحيح لانه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتاً ثم ماتت لم يضمنه كاعضائها ولانه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حياً، فان ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة وبه قال الشافعي ، وقال مالك وابن المنذر لا تجب

عن ابن علية والاصم انهما قالا ديتها كدية الرجل لقوله عليه السلام « في النفس المؤمنة مائة من الابل » وهذا قول شاذ يخالف اجماع الصحابة وسنة النبي ﷺ فان في كتاب عمرو بن حزم دية المرأة على النصف من دية الرجل وهي أخص مما ذكروه وهما في كتاب واحد فيكون ماذكرنا مفسراً لما ذكروه مخصصاً له، ودية نساء كل أهل دين على النصف من دية رجالهم على ماقدمنا في موضعه

﴿ مسألة ﴾ قال (وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى ثلث الدية فان جاوز الثلث فعلى النصف)

روي هذا عن عمر وابن عمر وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة ابن الزبير والزهري وقتادة والاعرج وربيعة ومالك، قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة ، وحكي عن الشافعي في القديم وقال الحسن يستويان إلى النصف ، وروي عن علي رضي الله عنه انها على النصف فيما قل وكثر وروي ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور والشافعي في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر لانهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف ارش أطرافهما كالمسلم والكافر ، ولانها جناية لها ارش

حتى تلقيه لان النبي ﷺ إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئاً فأشبه مالو لم يظهر منه شيء .

ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه، ويفارق مالو لم يظهر منه شيء فانه لم يتيقن قتله ولا وجوده وكذلك إن ألقت يداً أو رجلاً أو رأساً أو جزءاً من أجزاء الآدمي تجب الغرة لانا تيقنا أنه من جنين ، وإن ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لان ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لان الاصل براءة الذمة ولذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر ، فان أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لانه لا يعلم أنه جنين ، وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة ، وإن شهدن أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان (أصحهما) لا شيء فيه لانه لم يتصور فلم يجب فيه شيء كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك (والثاني) فيه غرة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالمضغة والعلقة

(فصل) والغرة عبد أو أمة وهو قول أكثر أهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس لان الغرة اسم لذلك وقد جاء في حديث أبي هريرة قال : قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة أو أمة أو فرس أو بغل، وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لانه روي في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل في ولدها مائة شاة رواه أبو داود ، وروي عن عبد الملك

مقدر فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد وروي عن ابن مسعود أنه قال تعاقل المرأة الرجل إلى نصف عشر الدية فاذا زاد على ذلك فهي على النصف لانها تساويه في الموضحة

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ماسواه . وقال ربيعة قلت لسعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال عشر ، قلت ففي أصبعين ؟ قال عشرون ، قلت ففي ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت ففي أربع ؟ قال عشرون قال قلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها؟ قال هكذا السنة ياابن أخي وهذا مقتضى سنة رسول الله ﷺ رواه سعيد بن منصور ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك الا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولان مادون الثلث يستوي فيه الذكر والانثى بدليل الجنين فانه يستوي فيه الذكر والانثى، فأما الثلث نفسه فهل يستويان فيه ؟ على روايتين

(احداهما) يستويان فيه لأنه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به ، وروي أنهما يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله عليه السلام « حتى يبلغ الثلث » وحتى للغاية فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) ولان الثلث في حد الكثرة لقوله عليه السلام « الثلث والثلث كثير »

(فصل) فأما دية نساء سائر أهل الاديان فقال أصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث

ابن مروان أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارا فاذا كان مضغة فأربعين فاذا كان عظما فستين فاذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين فان تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار، وقال قتادة إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثي غرة

ولنا قضاء رسول الله ﷺ في املاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خالفها، وذكر الفرس والبغل وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة وهو متروك في البغل بغير خلاف فكذلك في الفرس والحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه وهو متفق عليه وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت إلى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع وكذلك قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولها. إذا ثبت هذا فانه يلزمه الغرة فان أراد دفع بدلها ورضي المدفوع اليه جاز لانه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لان الحق لها فلا يقبل بدلها الا برضاها

(فصل) وقيمة الغرة خمس من الابل وذلك نصف عشر الدية روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما ، وبه قال النخعي والشعبي وربيعة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات وهو ارش موضحة ودية السن فرددناه اليه، فان قيل فقد وجب في

لعموم قوله عليه السلام « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » ولان الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل دينها كالمسلمين، ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل الى قدر ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذي يثبت فيه التنصيف في الاصل وهو دية المسلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (ودية العبد والامة قيمتهما بالغة مابلغ ذلك)

قد تقدم شرح هذه المسئلة فيما مضى ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدبر والمكاتب وأم الولد قال الخطابي اجمع عوام الفقهاء على ان المكاتب عبد مابقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه الا ابراهيم النخعي فانه قال في المكاتب يؤدي بقدر مااداى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد، وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه وقد روى ابو داود في سننه والامام أحمد في مسنده قال حدثنا محمد بن عبد الله ثنا هشام بن أبي عبد الله قال حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال : قضى رسول الله ﷺ في المكاتب يقتل انه يودى ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد . قال الخطابي واذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخا او معارضاً بما هو أولى منه

الأئمة الثلاثة أبعرة وثلث ذلك دون ما ذكروه فإن الذي نص عليه صاحب الشريعة صلى الله عليه وسلم ارش الموضحة وهو خمس من الابل ، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم ، وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما فان تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لانه موضع حاجة وإذا اتفق نصف عشر الدية من الاصول كلها بأن تكون قيمتها خمسا من الابل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام ، وان اختلفت قيمة الابل ونصف عشر الدية من غيرها مثل ان كانت قيمة الابل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالابل لانها الاصل ، وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فتجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فان اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به ، فان كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هي عليه بما شاء منهما لان الخيرة الى الجاني في دفع ما شاء من سائر الاصول ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الابل على قول الخرقي وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم

(فصل) والغرة موروثة عنه كأنه سقط حيا لانها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته، كما لو قتل بعد الولادة وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الليث : لاتورث بل يكون بدله لامه كعضو من أعضائها فأشبه يدها .

ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حيا ثم مات وقوله انه كعضو

﴿مسألة﴾ قال (ودية الجنين اذا سقط من الضربة ميتا وكان من حرة مسلمة غرة عبد او أمة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه كأنه سقط حيا)

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالاضافة والصفة أحسن لان الغرة اسم للعبد نفسه ، قال مهلهل

كل قتيل في كليب غره   حتى ينال القتل الى مره

في هذه المسألة فصول خمسة (أحدها) ان في جنين الحرة المسلمة غرة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وعطاء والشعبي والنخعي والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي . وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه استشار الناس في املاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة شهدت النبي ﷺ قضى فيه بغرة عبد أو أمة ، قال لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن مسلمة . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها عبد أو امة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه ، والغرة عبد أو أمة سميا بذلك لانهما من أنفس الأموال والاصل في الغرة الخيار

فان قيل فقد روي في هذا الخبر «أو فرس او بغل» قلنا هذا لا يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل ، والحديث الصحيح المتفق عليه إنما فيه عبد أو أمة

من أعضائها لا يصح لانه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة من أجله بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه، ولان كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي ، فعلى هذا إذا أسقطت جنينا ميتاً ثم ماتت فانها ترث نصيبها من الغرة ثم يرثها ورثتها ، وان اسقطته حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فانها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها ، وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه ، وإن خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات ، أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته ، وإن اختلف وراثهما في أولهما موتاً فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه، ويجيء على قول الخرقي في المسئلة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه ، وإن ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم ألقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الاول دية إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثهما الآخر ثم يرثه ورثته اذ مات ، وإن كانت الام قد ماتت بعد الاول وقبل الثاني فان دية الاول ترث منها الام والجنين الثاني ثم إذا ماتت الام ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته وان ماتت الام بعدهما ورثتهما جميعاً

(فصل) إذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه ضمان آدمي فتعدد بتعدده كالديات

فأما قول الخرقي : من حرة مسلمة . فانما أراد ان جنين الحرة المسلمة لايكون إلا حراً مسلماً فمتى كان الجنين حراً مسلماً ففيه الغرة ، وان كانت أمه كافرة أو امة مثل أن يتزوج المسلم كتابية فان جنينها منه محكوم باسلامه وفيه الغرة ولا يرث منها شيئاً لانه مسلم . ولد السيد من امته وولد المغرور من امة حر ، وكذلك لو وطئت الامة بشبهة فولدها حر وفيه الغرة ، فأما ان كان الجنين محكوما برقه لم تجب فيه الغرة وسيأتي بيان حكمه ، وأما جنين الكتابية والمجوسية إذا كان محكوما بكفره ففيه عشر دية أمه وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي

قال ابن المنذر ولم أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لان جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أن أصحاب الرأي يرون أن دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف ، فان كان ابوا الجنين كافرين مختلفاً دينهما كولد الكتابي من المجوسية والمجوسي من الكتابية اعتبرناه بأكثرهما دية فنوجب فيه عشر دية كتابية على كل حال لان ولد المسلمة من الكافرة معتبر بأكثرهما دية كذا ههنا ، ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الجنين ذكراً أو انثى لان السنة لم تفرق بينهما وبه يقول الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة اهل العلم ، ولو ضرب بطن كتابية حاملا من كتابي فأسلم احد أبويه ثم أسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام احمد ومذهب الشافعي لان الضمان معتبر بحال استقرار الجناية والجنين محكوم باسلامه عند استقرارها ، وفي قول ابي بكر وأبي الخطاب فيه عشر دية كتابية لان

وإن ألقتهم أحياء لوقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحد منهم دية كاملة ، وإن كان بعضهم حيا فمات وبعضهم ميتاً ففي الحي دية وفي الميت غرة

(فصل) ويستوي في ذلك الذكر والانثى في أنه يجب في كل واحد غرة لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة وهو يطلق على الذكر والانثى ولان المرأة تساوي الذكر فيما دون الثلث

(مسئلة) (ولا يقبل في الغرة خنثى ولا معيب ولا من له دون سبع سنين)

وجملة ذلك أن الغرة تجب سليمة من العيوب وأن قل العيب لانه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة ولان الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ، ولا يقبل فيها هرمة ولا معيبة ولا خنثى ولا خصي وإن كثرت قيمته لان ذلك عيب ، ولا من له دون سبع سنين قاله القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي لانه محتاج إلى من يكفله ويحضنه وليس من الخيار ، وظاهر كلام الخرقي أن سنها غير مقدر وهو قول أبي حنيفة وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة لانه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لانها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وما ذكروه من الحاجة الى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ولان بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له أصل يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة واقضى للحاجة ، وكونه لا يدخل على النساء ان أريد به النساء الاجنبيات فلا حاجة إلى

الجناية عليه في حال الغرة ، وان ضرب بطن امة فأعتقت ثم ألقت الجنين فعلى قول ابن حامد والقاضي فيه غرة وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر قيمة امه لان الجناية عليه في حال كونه عبداً ويمكن منع كونه عبداً ويمكن منع كونه صار حراً لان الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره وعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعلى قول ابن حامد للسيد أقل الامرين من الغرة او عشر قيمة امه لان الغرة ان كانت اكثر لم يستحق الزيادة لانها زادت بالحرية الحاصلة بزوال ملكه ، وان كانت أقل لم يكن له اكثر منها لان النقص حصل باعتاقه فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فأعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له اقل الامرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين ، فأما ان ضرب بطن الامة فأعتق السيد جنينها وحده نظرت فان اسقطته حياً لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه احمد ، وان كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لانه حر على قول ابن حامد وعلى قول ابي بكر عليه عشر قيمة امه ، وان اسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة امه لاننا لا نعلم كونه حياً حال إعتاقه ، ويحتمل ان تجب عليه الغرة لان الاصل بقاء حياته فأشبه مالو اعتق امه

(الفصل الثاني) ان الغرة انما تجب اذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب او ببقائها متألمة إلى ان يسقط ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها او ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة وأذهبها لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك وقتادة والاوزاعي

دخوله عليهن ، وإن أريد به سيدته فليس بصحيح فان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات) الى قوله (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من منعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي درهمين لا يعد فواتاً ولا خسراناً

(فصل) ولا يعتبر لون الغرة ، وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء

ولنا أن النبي ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق والسواد غالب على عبيدهم وامائهم ولانه حيوان تجب ديته فلم يعتبر لونه كالابل في الدية

﴿ مسئلة ﴾ (وإن كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة امه ذكراً كان أو أنثى)

وجملته أنه إذا كان جنين الامة مملوكا نسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة أمه هذا قول الحسن وقتادة ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعي والزهري . وقال زيد بن أسلم يجب فيه عشر قيمة غرة وهو خمسة دنانير ، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً أو عشر قيمته إن كان أنثى لان الغرة الواجبة في جنين الحرة هي نصف عشر دية الرجل

والشافعي واسحاق وابن المنذر وحكي عن الزهري أن عايه الغرة لان الظاهر أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت .

ولنا أنه لايثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لاتصح له وصية ولاميراث ولان الحركة يجوز ان تكون لريح في البطن سكنت ولايجب الضمان بالشك فأما إذا ألقته ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أوبعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبوحنيفة إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لانه يجري مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها

ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه فوجب ضمانه كما لوسقط في حياتها ولانه لوسقط حيا ضمنه فكذلك اذا سقط ميتاً كما لو اسقطته في حياتها وما ذكروه ليس بصحيح لانه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت لم يضمنه كاعضائها ولانه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لوخرج حيا فاما إن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقيه ففيه الغرة ، وبه قال الشافعي وقال مالك وابن المنذر لاتجب الغرة حتى تلقيه لان النبي ﷺ انما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئا أشبه مالو لم يظهر منه شيء

ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لوظهر جميعه ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء لأنه لم يتيقن قتله ولاوجوده وكذلك ان ألقت يداً أورجلا أورأساً اوجزءاً من اجزاء الآدمي وجبت الغرة لان

وعشر دية الانثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ولانه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف الواجب فيه إذا كان ذكراً كبيراً أو عشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة ، وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حياً

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورية والانوثية كجنين الحرة ، ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة ، وما ذكروه من مخالفة الاصل معارض بأن مذهبهم يفضي إلى تفضيل الانثى على الذكر وهو خلاف الاصول ولانه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ومخالفتهم أشد من مخالفتنا لانا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه وإذا كان حيا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف انسان الاربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الانثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمة أمه تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له إذا ثبت هذا فان قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي ، وقال بعض أصحابه يقوم حين أسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه مثل ذلك

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغير بدل النفس فكان الاعتبار بحال

تيقنا انه من جنين وان ألقت رأسين أوأربع أيد لم يجب أكثر من غرة لان ذلك يجوز ان يكون من جنين واحد ويجوز ان يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لان الاصل براءة الذمة وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر فان أسقطت ماليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لانا لا نعلم أنه جنين وان ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل ان فيه صورة خفية ففيه غرة وان شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان (أصحهما) لاشيء فيه لانه لم يتصور فلم يجب فيه كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك (والثاني) فيه غرة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه مالو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة

(الفصل الثالث) أن الغرة عبد أو أمة، وهذا قول أكثر اهل العلم وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمة أو فرس لان الغرة اسم لذلك وقد جاء في حديث ابي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ في الجنين بغرة عبد او امة اوفرس او بغل وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لانه روي في حديث عن النبي ﷺ انه جعل في ولدها مائة شاة رواه ابوداود وروي عن عبد الملك بن مروان انه قضى في الجنين اذا أملاص بعشرين ديناراً فاذا كان مضغة فاربعين فاذا كان عظما فستين فاذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين فان تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار قال قتادة اذا كان علقة فثلث غرة واذا كان مضغة فثلثي غرة

ولنا قضاء رسول الله ﷺ في املاص المرأة بعبد او امة وسنة رسول الله ﷺ قاضية على

الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فان الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولان قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فرضت بذلك ثم اندملت جراحتها

(فصل) وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وام الولد اذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الامة لانه مملوك فأما جنين المعتق بعضها فهو مثلها فيه من الحرية مثل مافيها واذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة امه لسيده

(فصل) وان وطىء امة بشبهة أو غر بامة فزوجها واحبلها فضربها ضارب فألقت جنينا فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها لانه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة امه فلما انعتق بسبب الوطىء نقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فالزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل

(فصل) اذا أسقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو مافي الجنين الذمي فان الحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ما عليه وان الحق بمسلم فعليه تمام الغرة وان ضرب بطن نصرانية فاسقطت فادعت أو ادعى ورثته انه من مسلم حملت به من وطىء شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة وان كان ما تحمله العاقلة فاعترفت أيضا فالغرة عليها وان أنكرت حلفت وعليها مافي جنين

ماخالفها وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة فالظاهر انه وهم فيه وهو متروك في البغل بغير خلاف وكذلك في الفرس وهذا الحديث الذي ذكرناه اصح ماروي فيه وهو متفق عليه وقد قال به اكثر اهل العلم فلايلتفت الى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع وكذلك قتادة وقول رسول الله ﷺ احق بالاتباع من قولهما اذا ثبت هذا فانه تلزمه الغرة فان اراد دفع بدلها ورضي المدفوع اليه جاز لانه حق آدمي فجاز ماتراضيا عليه وايهما امتنع من قبول البدل فله ذلك لان الحق فيها فلايقبل بدلها الابرضاهما وتجب الغرة سالمة من العيوب وان قل العيب لانه حيوان وجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة لان الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولايقبل فيها هرمة ولاضعيفة ولاخنثى ولا خصي وان كثرت قيمته لان ذلك عيب ولايتقدر سنها في ظاهر كلام الخرقي وهو قول ابي حنيفة وقال القاضي وابو الخطاب واصحاب الشافعي لايقبل فيها من له دون سبع سنين لانه يحتاج الى من يكفله له ويحضنه وليس من الخيار وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لايقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة لانه لايدخل على النساء ولاابنة عشرين لانها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب ان لايقبل وماذكروه من الحاجة الى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ولان بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكروه نص ولا له نظير يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا

الذميين والباقي على الجاني لانه ثبت باعترافه والعاقلة لاتحمل اعترافا وان اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه وان أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع ايمانهم انا لانعلم ان هذا الجنين من مسلم ولايلزمها اليمين مع البت لانها يمين على النفي في فعل الغير فاذا اختلفوا وجبت دية ذمي لان الاصل ان ولدها تابع لها ولان الاصل براءة الذمة وان كان مما لاتحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني ان الجنين من ذمي بوطيء شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين لان الجنين محكوم باسلامه فان الولد للفراش

(فصل) اذا كانت الامة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لانه اتلف آدميا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة امه ويسقط ضمان نصيبه لانه ملكه وان اعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم اسقطت عتق نصيبه منه ومن والدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الام وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث امه منه بقدر مافيها من الحرية والباقي لورثته هذا قول القاضي وقياس قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب لايجب على الضارب ضمان ماأعتقه لانه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه والاعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الام حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان الاتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه مالوجرح

وبنية وأقدر على التصرف وانفع في الخدمة وقضاء الحاجة وكونه لا يدخل على النساء ان أريد به النساء الاجنبيات بلاحاجة إلى دخوله عليهن وان أريد به سيدته فليس بصحيح فان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء الى ماهو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة لا يعد فوتا ولا خسرانا ولا يعتبر لون الغرة، وذكر عن أبي عمرو بن العلاء أن الغرة لاتكون الا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء

ولنا أن النبي ﷺ قضى بعبد أو أمة وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم ولانه حيوان يجب دية فلم يعتبر لونه كالابل في الدية

(الفصل الرابع) أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الابل، روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما، وبه قال النخعي والشعبي وربيعة وقتادة ومالك والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي، ولان ذلك أقل ماقدره الشرع في الجنايات وهو أرش الموضحة ودية السن فرددناه اليه فان قيل فقد وجب في الانملة ثلاثة أبعرة وثلث وذلك دون ما ذكرتموه قلنا الذي نص عليه صاحب الشريعة غرة قيمتها أرش الموضحة وهو خمس من الابل، وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف

حربيا فأسلم ثم مات بالسراية ولان موته يحتمل ان يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعدموته والاصل براءة ذمته وان كان المعتق موسرا سرى العتق اليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثة عنه وعلى قياس قول أبي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة امه ولا يضمن امه لانه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها وان كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه لان العتق لم يسر اليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة امه ويكون لسيده اعتباراً بحال الجناية وكذلك الحكم في ضمان الام اذا ماتت من الضربة وان كان المعتق موسرا سرى العتق اليها وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف الام ولا يضمن نصف الجنين لانه يدخل في ضمان الام كما يدخل في بيعها وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة امه وليس عليه ضمان نصيبه لانه ملكه حال الجناية عليه وأما ضمان الام ففي احد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الامرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم عتق ومات

(فصل) ولو ضرب بطن امته ثم اعتقها ثم اسقطت جنينا ميتا لم يضمنه في قياس قول أبي بكر لان

قيمة الغرة الواجبة في المسلم وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهماً واذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لانه موضع حاجة وإذا اتفق نصف، عشر الدية من الأصول كلها بان تكون قيمتها خمساً من الابل وخمسين ديناراً أو ستمائة درهم فلا كلام، وان اختلفت قيمة الابل فنصف عشر الدية من غيرها مثل ان كانت قيمة الابل أربعين ديناراً أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالابل لانها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فجعل قيمتها خمسين ديناراً أو ستمائة درهم فان اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فان كان من أهل الذهب والورق جميعاً قومها من هي عليه بما شاء منهما، لان الخيرة إلى الجاني في دفع ماشاء من الأصول ويحتمل أن تقوم بادناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل إلى خمس من الابل على قول الخرقي وعلى قول غيره ينتقل إلى خمسين ديناراً أو ستمائة درهم

(الفصل الخامس) أن الغرة موروثة عن الجنين كأنه سقط حياً لانها دية له وبدل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة، وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال الليث لاتورث بل تكون بدله لأمه لانه كعضو من أعضائها فأشبه يدها

ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثة عنه كما لو ولدته حياً ثم مات وقوله إنه عضو من أعضائها لا يصح لانه لو كان عضواً لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه

جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم تضمن سرايتها كما لو جرح مرتدا فاسلم ثم مات ولان موت الجنين يحتمل انه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق مايوجب الضمان وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئا لان اعتبار الجناية بحال استقرارها، ولو كانت الامة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معا فولدت جنينا ميتا فعلى قول أبي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة امه لشريكه لان كلا منهما جنى على الجنين ونصفه لشريكه فسقط عنه ضمانه ولزمه ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة امه اعتبارا بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة الام منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئا

(مسئلة) (وان ضرب بطن امه فعتقت ثم اسقطت الجنين ففيه غرة)

على قول ابن حامد والقاضي لانه كان حرا اعتبارا بحال الاستقرار وعلى قول أبي بكر وابي الخطاب فيه عشر قيمة امه اعتبارا بحال الجناية لانها كانت في حال كونه عبدا ويمكن منع كونه صار حرا لان الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره فعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيده وعلى قول ابن حامد يكون الواجب فيه أقل الامرين من الغرة وعشر قيمة امه لان الغرة ان كانت أكثر لم يستحق الزيادة لانها زادت بالحرية الحاصلة لزوال ملكه وان كانت أقل لم يكن له أكثر منها لان النقص حصل باعتاقه فلا يضمن له كما لو قطع يد عبد فاعتقه سيده ثم مات بسراية الجناية كان له

واقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة بقتله ولما صح عتقه دونها ولا عتقها دونه ولا تصور حياته بعد موتها ، ولان كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي فعلى هذا إذا أسقطت جنيناً ميتاً ثم ماتت فنها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثته وان ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وان خرج حياً ثم مات قبلها ثم ماتت فانها ترث نصيبها من ديته ثم يرثها ورثتها وان ماتت قبله ثم ألقته ميتاً لم يرث أحدهما صاحبه وان خرج حياً ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حياً ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته وان اختلف وراثهما في أولهما موتاً فحكمها حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه ويجيء على قول الخرقي في المسئلة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه وان ألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم ألقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الأول دية كاملة إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ويرثها الآخر ثم يرثه ورثته ان مات وان كانت الام قد ماتت بعد الاول وقبل الثاني فان دية الأول ترث منها الأم والجنين الثاني ثم إذا ماتت الام ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته ، وان ماتت الام بعدهما ورثتهما جميعاً .

(فصل) وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه ضمان آدمي فتعدد

أقل الامرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين فاما ان ضرب بطن الامة فاعتق السيد جنينها وحده نظرت فان اسقطته حيا لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه احمد وان كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لانه حر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر عليه عشر قيمة امه وان اسقطته ميتاً ففيه عشر قيمة امه لانا لا نعلم كونه حيا حال اعتاقه ويحتمل ان تجب عليه الغرة لان الاصل بقاء حياته فاشبه مالو اعتق امه

(فصل) إذا ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة ثم عتق أبوه ثم اسقطت جنينا وماتت احتمل ان تكون ديتها في مال الجاني على ما تقدم ذكره واحتمل ان تكون الدية على مولى الام وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجناية وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الاب واقاربه اعتبارا بحال الاسقاط وان ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم اسلم ثم اسقطت لم تحمله عاقلته وان ماتت معه فكذلك لان عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه لانه كان حين الجناية ذميا وأهل الذمة لا يعقلون عنه لانه حين الاسقاط مسلم ويحتمل ان يكون عقله على عاقلته من أهل الذمة في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجناية ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر لانه حين الجناية محكوم بكفره وعلى قياس قول ابن حامد يجب فيه غرة كاملة ويكون عقله وعقل امه على عاقلته المسلمين اعتبارا بحال الاستقرار

(مسئلة) (وان كان الجنين محكوما بكفره ففيه عشر دية)

بتعدده كالديات وان ألقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحدة دية كاملة وان كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً ففي الحي دية وفي الميت غرة

(فصل) وتحمل العاقلة دية الجنين اذا مات مع أمه، نص عليه أحمد إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد لما روى المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ قضى في الجنين بغرة عبد أو امة على عصبة القاتلة وان كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة وقال الشافعي تحمله العاقلة على كل حال بناء على قوله إن العاقلة تحمل القليل والكثير والجناية على الجنين ليست بعمد لانه لا يتحقق وجوده ليكون مقصوداً بالضرب.

ولنا أن العاقلة لا تحمل مادون الثلث على ماذكرناه وهذا دون الثلث وإذا مات وحده أو من جناية عمد فدية أمه على قاتلها فكذلك ديته لان الجناية لا يحمل بعض ديتها الجاني وبعضها غيره فيكون الجميع على القاتل كما لو قطع عمداً فسرت الجناية الى النفس

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى).

وجملة ذلك أنه اذا كان جنين الامة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً ففيه عشر قيمة امه هذا قول الحسن وقتادة

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر لم أحفظ عن غيرهم خلافهم لان جنين الحرة المسلمة مضمون بعشر دية امه فكذلك جنين الكافرة إلا ان أصحاب الرأي يرون دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف

﴿مسئلة﴾ (وان كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا اعتبر أكثرهما دية فيجب عشر دية كتابية على كل حال)

لان ولد المسلم من الكافرة يعتبر باكثرهما دية كذا ههنا ولان الضمان إذا وجد في احد أبويه ما يوجب وفي الآخر ما يسقط غلب الايجاب بدليل مالو قتل المحرم صيدا متولدا من مأكول وغيره ولا فرق فيما ذكرنا بين الذكر والانثى لان السنة لم تفرق بينهما وبه يقول الشافعي وإسحاق وابو ثور واصحاب الرأي وعامة أهل العلم

(فصل) ولو ضرب بطن كتابية حامل من كتابي فاسلم أحد أبويه ثم اسقطته ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب الشافعي لان الضمان بحال استقرار الجناية والجنين محكوم باسلامه عند استقرارها وفي قول أبي بكر وابي الخطاب فيه عشر دية كتابية لان الجناية عليه في حال كفره

﴿مسئلة﴾ (وان سقط الجنين حيا ثم مات ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا)

إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله وهو ان تضعه لستة اشهر فصاعدا وإلا فحكمه حكم الميت هذا

ومالك والشافعي واسحاق وابن المنذر وبنحوه قال النخعي والزهري، وقال زيد بن أسلم يجب فيه نصف عشر غرة وهو خمسة دنانير. وقال الثوري وأبو حنيفة واصحابه يجب فيه نصف عشر قيمته ان كان ذكراً وعشر قيمته ان كان أنثى لان الغرة واجبة في جنين الحرة نصف عشر دية الرجل وعشر دية الانثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف عشر الواجب فيه اذا كان ذكراً كبيراً وعشر الواجب اذا كان أنثى كجنين الحرة، وقال محمد بن الحسن مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته اذا كان حياً

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورة والانوثة كجنين الحرة ودليلهم نقلبه عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر مايجب في أمه كجنين الحرة وما ذكروه من مخالفة الاصل معارض بأن مذهبهم يفضي الى تفضيل الانثى على الذكر وهو خلاف الاصول . ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجبت قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه اذا كان ميتاً بأمه واذا كان حياً بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف انسان الاربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الانثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لانظير له. اذا ثبت هذا فان قيمة أمه

قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان في الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لانه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فاشبه قتله بعد وضعه وفي هذه المسائل ثلاثة فصول

(أحدها) أنه انما يضمن بالدية إذا وضعته حيا فمن علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء ثبت باستهلاله أو ارتضاعه أو تنفسه أو عطاسه أوغير ذلك مما تعلم به حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي، وروي عن احمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بان يستهل وهذا قول الزهري وقتادة ومالك وإسحاق وروي معنى ذلك عن عمر وابن عباس والحسن بن علي وجابر بن عبدالله رضي الله عنهم لقول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث وورث » مفهومه أنه لايرث إذا لم يستهل ، والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي لان النبي ﷺ قال « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخاً إلا مريم وابنها) فلا يجوز غير ما قاله رسول الله ﷺ والاصل في تسمية الصياح استهلالا ان من عادة الناس إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضا فسمي صياح المولود استهلالا لانه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه

معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي ،وقال بعض أصحابه تقوم حين أسقطت لان الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه كذلك

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار مايوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبداً ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فان الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولان قيمتها تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فماتت من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها

(فصل) وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد اذا حملت من غير مولاها حكمه حكم ولد الامة لأنه مملوك ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك لان العاقلة لاتحمل عبداً بحال،فأما جنين المعتق بعضها فهو كهي فيه من الحرية مثل مافيها فاذا كان نصفها حراً فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيده

(فصل) وإن وطىء أمة بشبهة أو غر بأمة فتزوجها وأحبلها فضربها ضارب فألقت جنيناً فهو حر وفيه غرة موروثة عنه لورثته وعلى الواطىء عشر قيمتها لسيدها لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيده على ضاربه عشر قيمة أمه فلما انعتق بسبب الوطء فقد حال بين سيدها وبين هذا القدر فألزمناه ذلك للسيد سواء كان بقدر الغرة او أكثر منها او أقل

ولنا أنه قد علمت حياته فأشبه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور فان شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه ضرب منه فهو كصياحه ، واما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة لانه قد يتحرك بالاختلاج وبسبب آخر وهو خروجه من مضيق فان اللحم يختلج سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته

(الفصل الثاني) انه انما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال أو موته أو بقاؤه متألما الى ان يموت أو بقاء امه متألمة إلى ان تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه أو بقي ضمنا حتى مات،وان ألقته حيا فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة وان لم تكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الاول وعليه الدية كاملة ويؤدب الثاني وان بقي الجنين حيا و بقي زمنا سالما لا ألم به لم يضمنه الضارب لان الظاهر أنه لم يمت من جنايته

(الفصل الثالث) أن الدية انما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة اشهر فصاعدا فان كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط ميتا وبهذا قال المزني،وقال الشافعي فيه دية كاملة لا تاعلمنا حياته وقد تلف من جنايته

ولنا أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتا وكالمذبوح،وقولهم اناعلمنا حياته قلنا وإذا أسقط ميتا وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضا

(فصل) اذا سقط جنين ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو مافي جنين الذمي فان ألحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ماعليه وإن ألحق بمسلم فعليه تمام الغرة ، وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت وادعت او ادعى ورثته انه من مسلم حملت به من وطء شبهة او زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة،وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترف أيضاً فالغرة عليها وإن أنكرت حلفت وعليها مافي جنين الذميين والباقي على الجاني لأنه ثبت باعترافه، والعاقلة لاتحمل اعترافا،وإن اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه ، وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع ايمانهم اننا لانعلم ان هذا الجنين من مسلم ولا تلزمهم اليمين على البت لانها يمين على النفي في فعل الغير فاذا حلفوا وجبت دية ذمي لان الاصل ان ولدها تابع لها ولان الاصل براءة الذمة ، وإن كان مما لاتحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ، ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمي بوطء شبهة او زنا فالقول قول ورثة الجنين لان الجنين محكوم باسلامه فان الولد للفراش

(فصل) واذا كانت الامة بين شريكين فحملت بمملوك فضربها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لأنه أتلف آدمياً ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لانه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسراً ثم أسقطت عتق نصيبه منها ومن ولدها وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الام وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حراً يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه منه بقدر مافيها من الحرية

(مسئلة) (وان اختلفا في حياته ولا بينة لها ففي أيهما يقدم قوله ؟ وجهان)

(أحدهما) يقدم قول الولي لان الاصل حياته فان الجنين إذا بلغ أربعة اشهر نفخ فيه الروح

(والثاني) قول الجاني لان الاصل براءة ذمته من الدية الكاملة

(فصل) إذا ادعت المرأة على رجل أنه ضربها فأسقط جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الضرب ، وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون اسقطت فالقول قوله أيضا مع يمينه لانه لا يعلم أنها أسقطت، ولا يلزمه اليمين على البت لانها يمين على نفي فعل الغير والاصل عدمه ، وإن ثبت الاسقاط والضرب ببينة أو اقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربه فان كانت أسقطته عقيب ضربه فالقول قولها لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له ، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الاسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم ذلك ، وإن أسقطت بعد الضرب بأيام وكانت متألمة إلى حين الاسقاط فالقول قولها ، وإن لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب انساناً فلم يبق متألماً ولا ضمنا ومات بعد أيام ، وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لان الاصل عدمه ، وإن كانت متألمة في بعض المدة فادعى أنها برأت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها لان الاصل بقاؤه ، وإن ثبت اسقاطها من الضربة

والباقي لباقي ورثته هذا قول القاضي وقياس قول ابي بكر وابي الخطاب لايجب على الضارب ضمان ماأعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضموناً عليه والاعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الام حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهذا أصح إن شاء الله لان الاتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه مالو جرح حربياً فأسلم ثم مات بالسراية ولان موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعدموته والاصل براءة ذمته وإن كان المعتق موسراً سرى العتق اليها وإلى جنينها وفي الضمان الوجهان، فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثة عنه وعلى قياس قول ابي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لانه قد ضمنها باعتاقها فلا يضمنها بتلفها وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسراً فلا ضمان على الشريك في نصيبه لان العتق لم يسر اليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه يكون لسيده اعتباراً بحال الجناية، وكذلك الحكم في ضمان الام إذا ماتت من الضربة، وان كا المعتق موسرا سرى العتق اليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان نصف لام، ولا يضمن نصف الجنين لانه يدخل في ضمان الام كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان لجنين بغرة موروثة عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف

فادعت سقوطه حيا وأنكرها فالقول قوله مع يمينه الا أن تقوم لها بينة باستهلاله لان الاصل عدم ذلك وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله فأنكرها فالقول قولها مع يمينها لان ذلك لا يعلم الامن جهتها ولا يمكن اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها، وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بخلافها قدمت بينتها لانها مثبتة فقدمت على النافية لان المثبتة معها زيادة أعلم، وإن ادعت أنه مات عقيب اسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها لان الاصل عدم حياته، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لان معها زيادة علم، وإن ثبت أنه عاش مدة فادعت أنه بقي متألما حتى مات فأنكر فالقول قوله لان الاصل عدم التألم، فان أقاما بينتين قدمت بينتها لان معها زيادة علم، ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء أمه متألمة قول امرأة واحدة لانه مما لا يطلع عليه الرجال غالباً لان الغالب أنه لا يشهد الولادة الا النساء والاستهلال يتصل بها، وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال، وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة فالدية في مال الجاني لا تحمله العاقلة لانها لا تحمل اعترافاً، وإن كانت مما تحمل العاقلة فيه الغرة فهي على العاقلة وباقي الدية في مال القاتل

(فصل) وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه لان الاصل براءة

عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لانه مالكه حال الجناية عليه ، أما ضمان الام ففي أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدها منها أقل الامرين من ديتها أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدها كما تقدم من قطع يد عبد ثم أعتق ومات

(فصل) ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنيناً ميتاً لم يضمنه في قياس قول ابي بكر لان جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم يضمن سرايتها كما لو جرح مرتداً فأسلم ثم مات ، ولان موت الجنين يحتمل انه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان، وعلى قول ابن حامد عليه غرة لا يرث منها شيئاً لان اعتبار الجناية بحال استقرارها ، ولو كانت الامة لشريكين فضرباها ثم أعتقاها معاً فوضعت جنيناً ميتاً فعلى قول ابي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه لان كل واحد منهما جنى على الجنين ونصفه له فسقط عنه ضمانه ولزم ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتباراً بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للام منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئاً

(فصل) إذا ضرب ابن المعتقة الذي ابوه عبد بطن امرأة ثم أعتق ابوه ثم أسقطت جنيناً وماتت احتمل أن تكون ديتهما في مال الجاني على ما تقدم ذكره ، واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته في قياس قول أبي بكر اعتباراً بحال الجناية ، وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الاب

ذمته من الزائد على دية الانثى، فان كان لاحدهما بينة قدم بها وإن كان لهما بينتان وجبت دية الذكر لان البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفي ، فان قيل فينبغي أن تجب ديتها ، قلنا لا تجب دية الانثى لان المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها فان ادعى الاستهلال منها ثبت ذلك بالبينتين ، وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فاذا حلفوا كان عليهم دية الانثى وغرة ان كانت تحمل الغرة ، وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافه ، وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لانها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والاصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك وتجب الغرة في الذي لم يستهل

(فصل) إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فان كان القاؤهما متقاربا أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين لان الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه ما لو قطع يد رجل فسرى القطع الى نفسه ، ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة ، وان ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة، وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت ، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسئل القوابل فان قلن انها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية

وأقاربه اعتباراً بحال الاسقاط ، وان ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلته وان ماتت معه فكذلك لان عاقلته المسلمين لايعقلون عنه لانه كان حين الجناية ذمياً وأهل الذمة لايعقلون عنه لانه حين الاسقاط مسلم ، ويحتمل أن يكون عقله في قياس قول ابي بكر على عاقلته من أهل الذمة اعتباراً بحال الجناية ويكون في الجنين مايجب في الجنين الكافر لانه حين الجناية محكوم بكفره ، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة ، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتباراً بحال الاستقرار

﴿ مسألة ﴾ قال (وان ضرب بطنها فألقت جنينا حيا ثم مات من الضربة ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته ان كان مملوكا اذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا)

هذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة منهم زيد بن ثابت وعروة والزهري والشعبي وقتادة وابن شبرمة ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لانه مات من جنايته بعد ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبه قتله بعد وضعه . وفي هذه المسئلة ثلاثة فصول

(أحدها) انه انما يضمن بالدية إذا وضعته حياً ، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم سواء

ولنا أن الجنين انما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق المصدوق في أنه ينفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لانه لا يحيى إذا وضعته لاقل من ستة أشهر ، والكلام فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والاسقاط مدة طويلة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه ، وأما ان ألقت اليد وزال الالم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يدا فاندملت ثم مات صاحبها ثم ينظر فان ألقته ميتاً أو لوقت لا يعيش لمثله ففي اليد نصف غرة لان في جميعه غرة ففي يده نصف ديته ، وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيه قبلها أري القوابل ههنا، فان قلن انها يد من لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة وإن قلن انها يد من خلقت فيه الحياة ولم يمض له ستة أشهر وجب فيه نصف الغرة لانها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم تنفخ فيه الروح، وإن أشكل الامر عليهن وجب نصف الغرة لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

(فصل) وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ذلك لانها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا ترث

ثبتت باستهلاله او ارتضاعه او بنفسه او عطاسه او غيره من الامارات التي تعلم بها حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي ، وروي عن احمد انه لايثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهذا قول الزهري وقتادة ومالك وإسحاق، وروي معنى ذلك عن عمر رضي الله عنه وابن عباس والحسن ابن علي ؛ جابر رضي الله عنهم لقول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث وورث » مفهومه أنه لايرث إذا لم يستهل . والاستهلال الصياح قاله ابن عباس والقاسم والنخعي لان النبي ﷺ قال « ما من مولود يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخا إلا مريم وابنها » فلا يجوز غير ماقاله رسول الله ﷺ والاصل في تسمية الصياح استهلالا أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا وأراه بعضهم بعضاً فسمي صياح المولود استهلالا لانه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراآه

ولنا أنه علمت حياته فأشبه المستهل ، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور لان شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه صوت منه كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا ثبت به حكم الحياة لانه قد يتحرك بالاختلاج وسبب آخر وهو خروجه من مضيق فان اللحم يختلج سيما اذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته

(الفصل الثاني) أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه في الحال

من الغرة شيئا لان القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته ، فان كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره فعليه غرة لا يرث منها شيئاً لما ذكرنا

(فصل) وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لانها جناية على حيوان يملك بيعه اسقطت جنينه أشبه جنين الامة وهذا لا يصح لان الجناية على الامة تقدر من قيمتها في ظاهر المذهب ففي يدها نصف قيمتها وفي موضحتها نصف عشر قيمتها وقد وافق أبو بكر على ذلك فقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها . والبهيمة انما يجب بالجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولان الامة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من قيمتها بخلاف البهيمة

(فصل) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب والورق لم تختلف بعمد ولا خطأ ، وإن كان من الابل وجبت في العمد أرباعا على احدى الروايتين ، وفي الاخرى يجب خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمساها خلفات وفي الخطأ تجب أخماسا فان لم تمكن قيمته مثل أن يوضحه عمدا فانه يجب أربعة أرباعا والخامس من أحد الاجناس الاربعة قيمته ربع قيمة الاربع ، وإن قلنا بالرواية الاخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة ويعتبر قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة ، وإن كانت خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسة من كل جنس بعير ، وإن كان

وموته متألما إلى أن يموت أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه اوبقي ضمناً حتى مات وان القته حياً فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة ، وان لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الاول وعليه الدية كاملة وعلى الثاني الادب وان وقع الجنين حياً ثم بقي زمناً سالما لاألم به لم يضمنه الضارب لان الظاهر أنه لم يمت من جنايته

(الفصل الثالث) أن الدية الكاملة انما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً فان كان لدون ذلك ففيه غرة كما لو سقط متألما وبهذا قال المزني ، وقال الشافعي فيه دية كاملة لاننا علمنا حياته ، وقد تلف من جنايته

ولنا انه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاؤه بها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتاً وكالمذبوح وقولهم اننا علمنا حياته قلنا واذا سقط ميتاً وله ستة اشهر فقد علمنا حياته ايضاً

(فصل) واذا ادعت امرأة على انسان انه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل عدم الضرب وان اقر بالضرب او قامت به بينة وانكر ان تكون اسقطت فالقول قوله ايضاً مع يمينه لانه لايعلم انها اسقطت ولا تلزمه اليمين على البت لانها يمين على فعل الغير والأصل عدمه ،وان ثبت الاسقاط والضرب ببينة او اقرار فادعى انها اسقطته من غير

الواجب دية أمة وقلنا تجب من ثلاثة أجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة وإن قلنا أرباعا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الاربعة وثلثها، وإن كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند أصحابنا أن قيمة كل بعير مائة وعشرون درهما أو عشرة دنانير فلا فائدة في تعيين أسنانها، وإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل أن كانت العشرة الدنانير تساوي مائة درهم فقياس قولهم إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجني عليه قبوله لانه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فلزمه قبول ما يساويها

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وذكر أصحابنا ان القتل تغلظ ديته بالحرم والاحرام والاشهر الحرم والرحم المحرم فيزاد لكل واحد ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الاربع وجب ديتان وثلث)

وجملة ذلك ان الدية تغلظ بثلاثة أشياء: اذا قتل في الحرم والاشهر الحرم واذا قتل محرماً، ونص احمد على التغليظ فيما اذا قتل محرما في الحرم وفي الشهر الحرام ، فأما إن قتل ذارحم محرم فقال ابو بكر تغلظ ديته ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد انها لاتغلظ ، وقال أصحاب الشافعي تغلظ بالحرم والاشهر الحرم وذي الرحم، وفي التغليظ بالاحرام وجهان، وممن روي عنه التغليظ عثمان وابن عباس والسعيدان وعطاء وطاوس ومجاهد وسليمان بن يسار وجابر بن زيد وقتادة والاوزاعي ومالك والشافعي واسحاق واختلف القائلون بالتغليظ في صفته فقال أصحابنا يغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فاذا اجتمعت الحرمات الاربع وجبت ديتان وثلث

ضربة نظرنا فان كانت اسقطت عقيب ضربه فالقول قولها، لان الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح ان يكون سبباً له وان ادعى انها ضربت نفسها او شربت دواء او فعل ذلك غيرها فحصل الاسقاط به فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لان الأصل عدم ذلك وان اسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فان كانت متألمة الى حين الاسقاط فالقول قولها وان لم تكن متألمة فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب انساناً فلم يبق متألما ولا ضمنا ومات بعد ايام وان اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لان الاصل عدمه وان كانت متألمة في بعض المدة فادعى انها برئت وزال المها وانكرت ذلك فالقول قولها ، لان الاصل بقاؤه وان ثبت اسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وانكرها فالقول قوله مع يمينه الا ان تقوم لها بينة باستهلاله ، لان الاصل عدم ذلك وان ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله وانكرها فالقول قولها مع يمينها ، لان ذلك لا يعرف الا من جهتها ولا يمكن اقامة البينة عليه فتقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها وان اقامت بينة باستهلاله واقام الجاني بينة بعدم استهلاله قدمت بينتها لانها مثبتة فتقدم على النافية لان المثبتة معها زيادة علم وان ادعت انه مات عقيب اسقاطه وادعى انه عاش مدة فالقول قولها ، لان الاصل عدم حياته وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الجاني لان معها زيادة علم وان ثبت انه عاش مدة فادعت أنه بقي متألماً حتى مات وانكر ذلك فالقول قوله لان الاصل عدم التألم وان اقاما بينتين قدمت بينتها لان معها زيادة علم ويقبل في استهلال

قال احمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الحرم في الشهر الحرام فعليه أربعة وعشرون ألفاً وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ . وقال أصحاب الشافعي صفة التغليظ إيجاب دية العمد في الخطأ ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فاذا قتل ذارحم محرم عمداً فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وتغليظها في الذهب والفضة أن ينظر كم قيمة أسنان الابل غير مغلظة وقيمتها مغلظة؟ ثم يحكم بزيادة ما بينهما كانت قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك ثلث الدية المخففة ، وعند مالك تغلظ في الاب والام والجد دون غيرهم واحتجا على صفة التغليظ بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ولم يزد عليه في العدد شيئاً وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجماعا ، ولان ما أوجب التغليظ أوجبه في الاسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين لان ما أوجب التغليظ بالضمان اذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والاحرام في قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالاحرام لان الشرع لم يرد بتغليظه . واحتج أصحابنا بما روى ابن ابي نجيح أن امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظاً للحرم

وعن ابن عمر انه قال : من قتل في الحرم او ذا رحم او في الشهر الحرام فعليه دية وثلث .

الجنين وسقوطه وبقائه متألماً وبقاء امه متألمة قول امرأة واحدة لانه مما لايطلع عليه الرجال فان الغالب انه لايشهد الولادة الا النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وامراضه وقوته وضعفه دون الرجال وان اعترف الجاني باستهلاله او مايوجب فيه دية كاملة لم تحمله العاقلة وكانت الدية في مال الجاني لان العاقلة لاتحمل اعترافا وان كان مما تحمل العاقلة فيه الغرة فعلى العاقلة غرة وباقي الدية في مال القاتل

(فصل) وان انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الانثى وقال وارث الجنين هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه ، لان الأصل عدم الاستهلال من الذكر وبراءة ذمته من الزائد على دية الانثى فان كان لأحدهما بينة قدم بها ، وان كان لكل واحد منهما بينة وجبت دية الذكر لان البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والاثبات مقدم على النفي ، فان قيل فينبغي أن تجب دية الذكر والانثى قلنا لا تجب دية الانثى ، لان المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها وان ادعى الاستهلال منهما ثبت ذلك بالبينتين وان لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فاذا حلفوا كانت عليهم دية الانثى وغرة إن كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لاتحمله العاقلة لانه ثبت باعترافه وان اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم

وعن ابن عباس أن رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال ديته اثنا عشر ألفاً وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فثبت اجماعا وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث ولانه قول التابعين القائلين بالتغليظ. واحتجوا على التغليظ في العمد أنه اذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف بهذه الاسباب لان ما أوجب تغليظ دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف

﴿ مسئلة ﴾ (وظاهر كلام الخرقي أن الدية لاتغلظ لشيء من ذلك وهو قول الحسن والشعبي والنخعي وابي حنيفة وابن المنذر)

وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم لان النبي ﷺ قال « في النفس المؤمنة مائة من الابل » لم يزد على ذلك ، وعلى أهل الذهب ألف مثقال . وفي حديث ابي شريح أن النبي ﷺ قال « وأنتم ياخزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية » وهذا القتيل كان بمكة في حرم الله تعالى ولم يزد النبي ﷺ على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره . وقال الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) وهذا يقتضي أن تكون الدية واحدة في كل مكان وكل حال ولان عمر أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه لم يزد على مائة

يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لانها متيقنة وتمام دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك ويجب الغرة في الذي لم يستهل

(فصل) إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فان كان إلقاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين، لان الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبه مالو قطع يد رجل وسرى القطع إلى نفسه ثم ان كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لا يعيش لمثله ففيه غرة وإن ألقته حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وان بقي حيا فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت، وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يسأل القوابل فان قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وان قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية

ولنا أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حيا قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على مادل عليه حديث الصادق المصدوق في أنه تنفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لانه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والاسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه، واما ان ألقت اليد وزال الالم ثم القت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يداً فاندملت ثم مات صاحبها ثم ننظر فان ألقته ميتاً اولوقت لا يعيش مثله ففي اليد نصف غرة لان في جميعه غرة ففي يده نصف

وروى الجوزجاني باسناده عن ابي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم ان ناساً كانوا يقولون إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألفاً فألغى عمر ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما . قال ابن المنذر وليس بثابت ماروي عن الصحابة في هذا ولو صح ففعل عمر في حديث قتادة أولى وهو مخالف لغيره فيقدم على قول من خالفه وهو أصح في الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس

(فصل) ولا تغلظ الدية بموضع غير حرم مكة وقال أصحاب الشافعي تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لانها مكان يحرم صيده فأشبهت حرم مكة ولا يصح القياس لانها ليست محلا للمناسك فأشبهت سائر البلدان . ولا يصح قياسها على الحرم لان النبي ﷺ قال « أي بلد هذا ؟ أليست البلدة؟ - قال - فان دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وهذا يدل على انه أعظم البلاد حرمة . وقال النبي ﷺ « ان أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ، ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل في الجاهلية » وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فانه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيداً ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا مايحتاج اليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه

ديته وإن القته حياً لوقت يعيش لمثله ثم مات أوعاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها أري القوابل ههنا فان قلن انها يد من لم تخلق فيها الحياة وجب نصف غرة وان قلن انها يد من خلقت فيه الحياة ومضى له ستة أشهر ففيه نصف الدية وان قيل انها يد من خلقت فيه الحياة ولم تمض له ستة أشهر وجب فيه نصف غرة لانها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح وان أشكل الامر عليهن وجب نصف الغرة لانه اليقين ومازاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

(مسئلة) قال (وعلى كل من ضرب ممن ذكرت عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيا او ميتا)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم الحسن وعطاء والزهري والحكم ومالك والشافعي واسحاق قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من اهل العلم اوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنينا الرقبة مع الغرة ، وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه وقال ابوحنيفة لاتجب الكفارة لان النبي ﷺ لم يوجب الكفارة حين اوجب الغرة

ولنا قول الله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ـ وقال ـ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) وهذا الجنين ان كان من مؤمنين أو أحد

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قتل مسلم كافراً عمداً ضعفت الدية على قاتله لازالة القود كما حكم عثمان رضي الله عنه)

روى احمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه أن رجلا قتل رجلا من أهل الذمة فرفع إلى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه ألف دينار فذهب اليه احمد رحمه الله وله نظائر في مذهبه فانه أوجب على الاعور اذا قلع عين صحيح مماثلة لعينه دية كاملة لما درأ عنه القصاص وأوجب على سارق الثمر المعلق مثلي قيمته لما درأ عنه القطع . وذهب جمهور العلماء إلى ان دية الذمي في العمد والخطأ واحد لعموم الاخبار فيها وكما لو قتل حر عبداً عمداً فانه لاتضعف القيمة عليه ولانه بدل متلف فلم يتضاعف بالعمد كسائر الابدال

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (وإن جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالاقل من قيمته او ارش جنايته او تسليمه ليباع في الجناية)

وجملة ذلك ان جناية العبد اذا كانت موجبة للمال او كانت موجبة للقصاص فعفا عنها إلى المال تتعلق برقبته لانه لايخلو من ان تتعلق برقبته او ذمته او ذمة سيده او لايجب شيء ولا يمكن إلغاؤها لانها جناية آدمي فوجب اعتبارها كجناية الحر ، ولان جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فالعبد اولى ولا يمكن تعليقها بذمته لانه يفضي إلى إلغائها او تأخير حق المجني عليه

أبويه فهو محكوم بإيمانه تبعا يرثه ورثته المؤمنون ولا يرث الكافر منه شيئاً وان كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق ولانه نفس مضمون بالدية فوجبت فيه الرقبة كالكبير وترك ذكر الكفارة لايمنع وجوبها كقوله عليه السلام «في النفس المؤمنة مائة من الابل» وذكر الدية في مواضع ولم يذكر الكفارة ولان النبي ﷺ قضى بدية المقتولة على عاقلة القاتلة ولم يذكر كفارة وهي واجبة كذا ههنا وانما كان كذلك لان الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتفى بها وإن ألقت المضروبة أجنة ففي كل جنين كفارة كما أن في كل جنين غرة أو دية وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة فالقت جنينا فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد منهم كفارة كما إذا قتل جماعة رجلا واحداً وان ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص وعلى كل واحد في كل جنين كفارة فلو ضرب ثلاثة بطن امرأة فألقت ثلاثة أجنة فعليهم تسع كفارات على كل واحد ثلاثة

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شربت الحامل دواء فألقت به جنينا فعليها غرة لاترث منها شيئا وتعتق رقبة)

ليس في هذه الجملة اختلاف بين اهل العلم نعلمه الا ما كان من قول من لم يوجب عتق الرقبة على ماقدمنا وذلك لانها أسقطت الجنين بفعلها وجنايتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولاترث من الغرة شيئاً لان القاتل لايرث المقتول وتكون الغرة لسائر ورثته وعليها عتق رقبة كما

إلى غير غاية ولا بذمة السيد لانه لم يجن فتعين تعليقها برقبة العبد ولان الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم لايخلو ارش الجناية من ان يكون بقدر قيمته او أقل او أكثر فان كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين ان يفديه بارش جنايته او يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن واسحاق ، وروي ذلك عن الشعبي وعطاء ومجاهد وعروة والحسن والزهري وحماد لانه إن دفع ارش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه ، وإن سلم العبد فقد ادى المحل الذي تعلق الحق به ولان حق المجني عليه لايتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها وإن طالب المجني عليه السيد بتسليمه اليه لم يجبر عليه السيد لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان)

(إحداهما) هي كالتي قبلها يخير بين تسليمه أو أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته لانه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته والرواية الثانية يلزمه تسليمه أو أن يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لانه اذا عرض للبيع ربما رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فاذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه وللشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الاولى أن الشرع قد جعل له فداءه فكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

قدمنا ولو كان الجاني المسقط للجنين اباه أوغيره من ورثته فعليه غرة لا يرث منها شيئا ويعتق رقبة وهذا قول الزهري والشافعي وغيرهما

(فصل) وان جنى على بهيمة فالقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه لانه جناية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الامة وهذا لايصح لان الجناية على الامة تقدر من قيمتها في يدها نصف قيمتها وفي موضحتها نصف عشر قيمتها يقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة انما يجب في الجناية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولان الامة آدمية ألحقت بالاحرار في تقدير أعضائها من ديتها والبهيمة بخلاف ذلك

«مسئلة» قال (واذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل رجلا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث الدية وعلى كل واحد منهم عتق رقبة مؤمنة في ماله)

اما عتق رقبة على كل واحد منهم فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم لان كل واحد منهم مشارك في اتلاف آدمي معصوم والكفارة لاتتبعض فكملت في حق كل واحد منهم ثم لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يقتل واحداً منهم (والثاني) أن يقتل واحداً من غيرهم فعلى كل واحد عتق رقبة كما ذكرنا والدية على عواقلهم أثلاثا لان العاقلة تحمل الثلث فمازاد سواء قصدوا رمي واحد بعينه أو رمي جماعة أو لم

﴿ مسئلة ﴾ (وان سلمه اليه السيد فأبى ولي الجناية قبوله وقال بعه أنت وادفع ثمنه الي فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين)

(احداهما) لايلزمه لانه اذا سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ، ولان حق المجني عليه لايتعلق بأكثر من الرقبة ، وقد أداها . (والثانية) يلزمه لان الجناية تقتضي وجوب أرشها وأرشها هو قيمة العبد

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى عمداً فعفا الولي على القصاص على رقبته فهل يملكه بغير رضا السيد؟ على روايتين)

(احداهما) لايملكه لانه اذا لم يملكه بالجناية فلأن لايملكه بالعفو أولى ، ولانه أحد من عليه قصاص فلا يملك بالعفو كالحر ولانه اذا عفا عن القصاص انتقل حقه الى المال فصار كالجاني جناية موجبة المال (والثانية) نه يملكه لانه مملوك استحق اتلافه فاستحق ابقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه

(فصل) قال ابو طالب سمعت أبا عبدالله يقول اذا أمر غلامه فجنى فعليه ماجنى ، وان كان أكثر من ثمنه ، وان قطع يد حر فعليه يد الحر ، وان كان ثمنه أقل وان أمره سيده أن يجرح رجلا فما جنى فعليه قيمة جنايته ، وان كان أكثر من ثمنه ، وان قطع يد حر لانه بأمره وكان علي وابو هريرة يقولان اذا أمر عبده أن يقتل فانما هو سوطه يقتل المولى ويحبس العبد ، وقال احمد بن بهز ثنا حماد بن سلمة ثنا قتادة عن حلاس ان علياً قال : اذا أمر الرجل عبده فقتل انما هو

يقصدوا ذلك إلا أنهم ان لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ ديته دية الخطأ وان قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه فهو شبه عمد لان قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي الى اتلافه فتكون ديته مغلظة على العاقلة الا أنها في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة دية شبه العمد فلا تحمله ههنا (الثاني) أن يصيب رجلا منهم فعلى كل واحد كفارة ايضاً ولا تسقط عمن اصابه الحجر لانه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة انما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره ، وأما الدية ففيها ثلاثة اوجه (احدها) ان على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول لان كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالاجانب وهذا ينبني على احدى الروايتين في ان جناية المرء على نفسه او أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته

(الوجه الثاني) ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمنه أحد لانه شارك في اتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته او عبده وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي

(الثالث) أن يلغى فعل المقتول في نفسه وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين ، قال ابو الخطاب هذا قياس المذهب بناء على مسئلة المتصادمين ، والذي ذكره القاضي احسن وأصح في النظر وقد روي نحوه عن علي رضي الله عنه في مسئلة القارصة والقامصة والواقصة ، قال الشعبي وذلك ان ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت احداهن على عنق اخرى وقرصت الثالثة المركوبة

كسوطه أو كسيفه يقتل المولى ، والعبد يستودع السجن ولانه فوت شيئاً بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره

﴿ مسئلة ﴾ (وان جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص وان كان بعضها بعد بعض)

وبهذا قال الحسن وحماد وربيعة وأصحاب الرأي والشافعي ، وعن شريح أنه قال يقضى لآخرهم وبه قال الشعبي وقتادة لانها جناية وردت على محل مستحق فقدم صاحبها على المستحق قبله كجناية المملوك الذي لم يجز ، وقال شريح في عبد شج رجلا ثم آخر ثم آخر فقال شريح يدفع إلى الاول إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني ثم يدفع إلى الثالث

ولنا انهم تساووا في سبب تعلق الحق فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الاول أولى لان حقه أسبق

﴿ مسئلة ﴾ (وان عفا أحدهما أو مات المجني عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق الباقين بجميع العبد أو بحصتهم منه ؟ على وجهين)

(أحدهما) يستحق جميع العبد لان سبب استحقاقه موجود وانما امتنع ذلك لمزاحمة الآخر له وقد زال المزاحم فثبت له الحق جميعه لوجود المقتضي وزوال المانع فهو كالوجنى على انسان ففداه سيده ثم جنى

فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية اثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لانها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسئلتنا ولان المقتول مشارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكيه كما لو قتلوا واحداً من غيرهم وان رجع الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلها أثلاثا وعلى كل واحد كفارتان وعلى الوجه الثاني تجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه ويلغى فعله في نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد من الميتين نصف الدية ويجب على عاقلة كل واحد من الميتين نصف الدية لصاحبه

﴿ مسئلة ﴾ قال (وان كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم)

هذا هو الصحيح في المذهب سواء كان المقتول منهم أو من غيرهم إلا أنه إذا كان منهم يكون فعل المقتول في نفسه هدراً لانه لايجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا لان التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا لاتحمله العاقلة لانها لاتحمل مادون الثلث والقدر اللازم لكل واحد دون الثلث وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى أن العاقلة تحملها ، لان الجناية فعل واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح هو الاول ، لان كل واحد منهم يختص

على آخر (والثاني) لايستحق الا حصته لانه لم يثبت له قبل العفو الا حصته فكذلك بعده لان العفو عما يلزم السيد عفو عنه لاعن غيره

(فصل) فان أعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ماتعلق به من الارش لانه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرامته كما لو قتله وينبني قدر الضمان على الروايتين فيما اذا اختار امساكه بعد الجناية لانه منع من تسليمه باعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه ، ونقل ابن منصور عن احمد انه ان أعتقه عالما بجنايته فعليه دية المقتول ، وان لم يكن عالما بها فعليه قيمة العبد لأنه اذا أعتقه مع العلم كان مختاراً لفدائه بخلاف ما اذا لم يعلم فانه لم يختر الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة مافوته

(فصل) وان باعه او وهبه صح لماذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته فان كان المشتري عالما بحاله فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الاول وان لم يعلم فله الخيار بين امساكه ورده كسائر المعيبات

(مسئلة) (وان جرح العبد حراً فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولامال له وقيمة العبد عشر دية الحر واختار السيد فداءه وقلنا يفديه بقيمته صح العفو في ثلثه)

لانه ثلث ما مات عنه ويبقى الثلثان للورثة ، وان قلنا يفديه بديته صح العفو في خمسة أسداسه

بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف عن الجاني فيما يشق ويثقل، ومادون الثلث يسير على ماأسلفناه والذي يلزم كل واحد أقل من الثلث ،وأما قوله إنه فعل واحد قلنا بل هي أفعال ، لان فعل كل واحد غير فعل الآخر وإنما موجب الجميع واحد فأشبه مالو جرحه كل واحد جرحا فاتت النفس بجميعها. إذا ثبت هذا فالضمان يتعلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة وأمسك الخشبة اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهما في قوس رجل ورماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع .

(فصل) إذا سقط رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه لانه قتله فضمنه كما لو رمى عليه حجراً ثم ينظر فان كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يقتل غالباً فعليه القصاص وان كان مما لايقتل غالباً فهو شبه عمد وان وقع خطأ فالدية على عاقلته مخففة، وان مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لانه مات بفعله وقد روى علي بن رباح اللخمي أن رجلا كان يقود أعمى فوقع في بئر فخر البصير ووقع الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الاعمى ينشد في الموسم

يا أيها الناس لقيت منكراً * هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا؟ * خرّا معاً كلاهما تكسرا

وهذا قول ابن الزبير وشريح والنخعي والشافعي واسحاق ، ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لأنه الذي قاده إلى المكان الذي وقعا فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك

والورثة سدسه لان العفو صح في شيء من قيمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقي للورثة الف الا عشرة أشياء تعدل شيئين اجبر وقابل يصر ألف يعدل اثنى عشر شيئاً فالشيء إذاً يعدل نصف سدس الدية وللورثة شيئان فتعدل السدس والله أعلم.

(فصل في الجناية على العبد) إذا قتل عبد مثله عمداً فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فان عفا إلى مال تعلق المال برقبة القاتل لانه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فان اختار فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول لانه ان كان الاقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لانها بدل عنه وان كان الاقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لانها بدل عبده وعنه رواية أخرى أن سيده ان اختار فداءه فداه بأرش الجناية بالغا مابلغ وقد ذكرناه

(فصل) فان قتل عشرة اعبد عبداً عمداً فعليهم القصاص فان اختار السيد قتلهم فله ذلك وان عفا إلى مال تعلقت قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها أو يفديه سيده وان اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض فله ذلك لان له قتل الجميع والعفو عنهم،وان قتل عبد عبدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فان قتله سقط حقه وان عفا الى مال تعلقت قيمة العبدين برقبته فان كانا لرجلين فكذلك إلا ان القاتل يقتل بالاول منهما لان حقه اسبق فان عفا عنه الاول قتل بالثاني وان

لو فعله قصداً لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى ولو لم يكن سبباً لم يلزمه ضمان بقصده لكان له وجه الا أن يكون مجمعا عليه فلا تجوز مخالفة الاجماع ويحتمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين (أحدهما) أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ماتلف به كما لو حفر له بئراً في داره باذنه فتلف بها (الثاني) أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبه مالو حفر بئراً في سابلة ينتفع بها المسلمون فانه لايضمن ماتلف بها

(فصل) فان سقط رجل في بئر فتعلق بآخر فوقعا معا فدم الأول هدر لانه مات من فعله وعلى عاقلته دية الثاني ان مات لانه قتله بجذبته فان تعلق الثاني بثالث فماتوا جميعا فلاشيء على الثالث وعلى عاقلة الثاني ديته في أحد الوجهين لانه جذبه وباشره بالجذب والمباشرة تقطع حكم السبب كالحافر مع الدافع (والثاني) ديته على عاقلة الاول والثاني نصفين، لان الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في اتلافه

ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين لانه هلك بجذبته وان هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفسه للثالث فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب ديته بكمالها على الاول ذكره القاضي (والوجه الثاني) يجب على الاول نصف ديته ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه وهذا مذهب الشافعي، ويتخرج وجه ثالث وهو وجوب نصف ديته على عاقلته لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر احدهم، وأما الاول إذا مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة لانه مات من جذبته وجذبة الثاني الثالث فتجب ديته كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الاول، وعلى الثاني يهدر نصف ديته المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني، وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته، وان جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلاشيء على الرابع لانه لم يفعل شيئاً في نفسه ولا غيره، وفي ديته وجهان (أحدهما) أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه (والثاني) على عاقلة

قتلها دفعة واحدة اقرع بين السيدين فمن وقعت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر وان عفا عن القصاص او عفا سيد القتيل الاول الى مال تعلق برقبة العبد وللثاني ان يقتص لان تعلق المال بالرقبة لايسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون فان قتله الآخر سقط حق الاول من القيمة لانه لم يبق محل يتعلق به وان عفا الثاني تعلقت قيمة القتيل الثاني برقبته أيضا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم يقدم الاول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لان القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها، فان قيل فحق الاول اسبق قلنا لا يراعى السبق كما لو اتلف اموالا لجماعة واحدا بعد واحد

(فصل) فان قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو فان عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقها إلى القيمة لان القصاص لايتبعض فان قتل عبدين لرجل واحد فله ان يقتص منه لاحدهما أيهما كان وسقط حقه من الاخر وله أن يعفو عنه إلى مال وتتعلق قيمتها جميعاً برقبته

الاول والثاني والثالث لانه مات من جذب الثلاثة فكانت ديته على عواقلهم، وأما الاول فقد مات بجذبته وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يلغى فعل نفسه وتجب ديته على عاقلة الثاني والثالث نصفين (الثاني) يجب على عاقلتها ثلثاها ويسقط ماقابل فعل نفسه (الثالث) يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالافعال الثلاثة وفيه هذه الاوجه المذكورة في الاول سواء ، وأما الثالث ففيه مثل هذه الاوجه الثلاثة ووجهان آخران (أحدهما) أن ديته بكمالها على الثاني لانه المباشر لجذبه فسقط فعل غيره بفعله (والثاني) أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في نفسه .

(فصل) وان وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فان كان موتهم بغير وقوع بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو كان فيه ماء يغرق الواقع فيقتله او اسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض، وان شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم بعضا لان الاصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك ، وان كان موتهم بوقوع بعضهم على بعض فدم الرابع هدر لان غيره لم يفعل فيه شيئاً وانما هلك بفعله وعليه دية الثالث لانه قتله بوقوعه عليه ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية الاول على الثلاثة أثلاثا

﴿ باب ديات الاعضاء ومنافعها ﴾

وهي نوعان (أحدها) الشجاج وهي ما كان في الرأس والوجه وسنذكرها في بابها (الثاني) ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين (احدهما) قطع عضو (والثاني) قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان (احدهما) ماذكرنا (والثاني) تفويت منفعة كاذهاب السمع والبصر والشم والذوق والعقل ونحو ذلك

﴿ من اتلف ما في الانسان منه شيء واحد ففيه الدية ، وهو الذكر والانف واللسان الناطق ولسان الصبي الذي يحركه بالبكاء ﴾

وجملة ذلك ان كل عضو لم يخلق الله سبحانه منه إلا واحدا كالانف واللسان فيه دية كاملة لان في اتلافه اذهاب منفعة الجنس واذهابها كالنفس

﴿مسئلة﴾ (وما فيه منه شيئان ففيهما الدية وفي أحدهما نصفها كالعينين والاذنين والشفتين واللحيين وثديي المرأة وتندوتي الرجل واليدين والرجلين والخصيتين والاليتين)

لان في اتلافهما اذهاب منفعة الجنس فكان فيهما الدية وفي أحدهما نصفها وهذه الجملة مذهب الشافعي ولانعلم فيه مخالفا وقد روى الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ كتب له وكان في كتابه «وفي الانف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل

(فصل) وان هلكوا بامر في البئر مثل أسد كان فيه وكان الاول جذب الثاني والثاني جذب الثالث والثالث جذب الرابع فقتلهم الاسد فلا شيء على الرابع وديته على عاقلة الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثا، ودم الاول هدر وعلى عاقلته دية الثاني، وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الاول والثاني نصفين، وهذه المسئلة تسمى مسئلة الزبية وقد روى حنش الصنعاني ان قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا فجذب الثاني ثالث ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الاسد فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقال للاول ربع الدية لانه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لانه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لانه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال فاني اجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك الى النبي ﷺ فقال «هو كما قال» رواه سعيد بن منصور قال حدثنا أبو عوانة وأبو الاحوص عن سماك بن حرب عن حنش بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب فذهب أحمد الى ذلك توقيفا على خلاف القياس والقياس ما ذكرناه

(فصل) ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فاذا حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغير اذنه أو وضع في ذلك حجراً أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه انسان أو دابة ضمنه لانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه، روي عن شريح

الواحدة نصف الدية» رواه النسائي ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه الا قليلا، وعن أحمد في الشفة السفلى ثلثا الدية وفي العليا ثلثها يروى هذا عن زيد بن ثابت لان النفع بالسفلى أعظم لانها تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام، والاولى أصح لقول أبي بكر الصديق وعلي رضي الله عنهما ولان كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها في أحدهما كاليدين ولا عبرة بزيادة النفع كاليمنى مع اليسرى

(مسئلة) (وفي المنخرين ثلثا الدية وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة)

وجملة ذلك أن ما في البدن منه ثلاثة ففيها الدية وفي كل واحد ثلثها وذلك المنخران والحاجز بينهما وبهذا قال اسحاق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من الاصابع والاجفان، وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة حكاها أبو الخطاب قال أحمد في كل زوجين من الانسان الدية وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبها اليدين ولانه بقطع المنخرين اذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين، فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة، وعلى الاول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفي قطع

أنه ضمن رجلا حفر بئراً فوقع فيها رجل فمات ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي والشعبي وحماد والثوري والشافعي واسحاق، وان وضع رجل حجراً وحفر آخر بئراً أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لان واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي، ولو وضع رجل حجراً ثم حفر عنده آخر بئراً أو نصب سكيناً فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل ان يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل ان يضمن الحافر وناصب السكين لان فعلهما متأخر عن فعله فأشبه مالو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه انسان وأماله آخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما، وان وضع انسان حجراً أوحديدة في ملكه أو حفر فيه بئرا فدخل انسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لانه لم يتعد وانما الداخل هلك بعدوان نفسه ،وإن وضع حجراً في ملكه ونصب اجنبي فيه سكيناً أوحفر بئراً بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين او في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه، وان اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم، وان وضع اثنان حجراً وواحد حجراً فعثر بهما انسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثاً في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف ، لان السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم وان اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان

جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة ، وان شق الحاجز ففيه حكومة وان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر والاول أظهر لان ماكان فيه ثلاثة أشياء ينبغي أن يوزع على جميعها كما وزعت الدية أرباعا على ما هو أربعة أشياء كأجفان العينين وانصافا على ما هو اثنان كاليدين

﴿ مسألة ﴾ (وفي الاجفان الاربعة الدية وفي كل واحد ربعها) كما ذكرنا فيما فيه منه اثنان

﴿مسألة﴾ وفي أصابع اليدين الدية وكذلك أصابع الرجلين وفي كل أصبع عشرها)

لانها عشر الدية على عددها كما قسمت على عدد الاجفان ولما روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل أصبع» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «هذه وهذه سواء» يعني الابهام والخنصر أخرجه البخاري

﴿مسألة﴾ (وفي كل أنملة ثلث عقلها)

لان في كل أصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الاصبع عليها كما قسمت دية اليد على الاصابع بالسوية الا الابهام فانها مفصلان ففي كل مفصل نصف عقلها وهو خمس من الابل

﴿مسألة﴾ (وفي الظفر خمس دية الاصبع وهكذا ذكره أبو الخطاب)

يعني إذا قلعه ولم يعد والتقديرات يرجع فيها إلى التوقيف فان لم يكن فيها توقيف فالقياس أن فيه حكومة كسائر الجراح التي ليس فيها مقدر

جرحين فمات بهما وقال زفر على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لان فعله مساو لفعلهما، وان حفر انسان بئراً ونصب آخر فيها سكينا فوقع إنسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد الضمان على الحافر لانه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما قال أبو بكر لأنهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة .

(فصل) وان حفر بئراً في ملك نفسه او في ملك غيره باذنه فلا ضمان عليه لانه غير متعد بحفرها وان حفرها في موات لم يضمن لانه غير متعد بحفرها وكذلك ان وضع حجراً او نصب شركا او شبكة او منجلا ليصيد بها ، وان فعل شيئاً من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لانه متعد ، وسواء أذن له الامام فيه او لم يأذن فانه ليس للامام الاذن فيما يضر بالمسلمين ،ولو فعل ذلك الامام لضمن ماتلف به لتعديه ، وان كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك وان حفر في موضع لاضرر فيه نظرنا فان حفرها لنفسه ضمن ماتلف بها سواء حفرها باذن الامام او غير اذنه ، وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الانتفاع بما لاضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفره في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن

﴿مسئلة﴾ (وفي كل سن خمس من الابل إذا قلعت ممن قد أثغر يعني ألقى أسنانه ثم عادت والاضراس والانياب كالاسنان ويحتمل أن يجب فيها دية واحدة)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الاسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن ،وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم «في السن خمس من الابل» رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال« في الاسنان خمس خمس» رواه أبو داود، فأما الاضراس فأكثر أهل العلم على أنها مثل الاسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو حنيفة ومحمد ابن الحسن ، وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الاضراس ببعير بعير ، وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت في الاضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء رواه مالك في موطئه وعن عطاء نحوه ، وحكي عن أحمد أن فيها دية واحدة فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن في كل سن خمسا من الابل وورود الحديث به فيكون في الاسنان والانياب ستون بعيرا لان فيه أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً

له الامام، ولا نسلم ان للامام أن يأذن في هذا وانما يأذن في القعود لان ذلك لايدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولان القعود جائز من غير إذن الامام بخلاف الحفر، وان حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق او لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لانه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد، وذكر بعض أصحابنا أنه لايضمن إذا كان باذن الامام، وان كان بغير إذنه ففيه روايتان

(إحداهما) لايضمن فان احمد قال في رواية إسحاق بن ابراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لايضمن

(والثانية) يضمن أومأ اليه احمد لانه افتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية والصحيح هو الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب استئذان الامام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لانه لايكاد يوجد من يتحمل كافة استئذانه وكافة الحفر معا فتضيع هذه المصلحة فوجب اسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج او رم شعث فيه وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ماذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بنى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق او في واسع يضر بالمارة او بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ماتلف به، وان

في كل ضرس بعيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر ما في البدن ولانها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ولان الاضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا في الارش

ولنا ما روى أبو داود باسناده عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الاصابع سواء الثنية والضرس سواء والاسنان سواء هذه وهذه سواء » وهذا نص وقوله في الاحاديث المتقدمة « في الاسنان خمس خمس » ولم يفصل يدخل في عمومها الاضراس لانها أسنان ولان كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان، وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال لا أعتبرها بالاصابع، فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثانية بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الاخبار وقول أكثر أهل العلم أولى، وأما على قول عمر ان في كل ضرس بعيراً فيخالف القياس والاخبار جميعا فانه لا يوجب الدية الكاملة وانما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الاعضاء المتجانسة والله أعلم

(مسئلة) قال (إذا قلعت ممن قد ثغر وهو الذي ابدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت سنه لم يعد بدلها) يقال ثغر واثغر إذا كان كذلك فأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء

بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج اليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله أذن فيه الامام او لم يأذن ، ويحتمل ان يعتبر إذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ماتلف به لا أعلم فيه خلافا ، وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ، ويحتمل أن يعتبر استئذان الامام لان مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره ، وان سقف مسجداً او فرش بارية فيه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله او علق فيه قنديلا او بنى فيه حائطا فتلف به شيء فلا ضمان عليه ، وقال أصحاب الشافعي ان فعل شيئا من ذلك بغير إذن الامام ضمن في أحد الوجهين، وقال ابو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ماتلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولان هذا مأذون فيه من جهة العرف لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك إنسان بغير إذنه أو في طريق يتضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على سيده لان الجناية هي

هـذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيـه مخالفاً وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينظر عودها فان مضت مدة يئس من عودها وجبت ديتها قال أحمد يتوقف سنة لانها الغالب في نباتها وقال القاضي إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي أخذت الدية ، وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها فان أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها ديتها بقدر ما نقص وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيه بقدر ما ذهب منها كما لو كسر من سنه ذلك القدر ، وإن نبتت أطول من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب وقيل لا شيء فيها لان هـذا زيادة والصحيح الاول لان ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها ، وإن نبتت مائلة عن صف الاسنان حيث لا ينتفع بها ففيها ديتها لان ذلك كذهابها، وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها، وإن نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي (احداهما) فيها دية (والثانية) حكومة كما لو سودها من غير قلعها وإن مات الصبي قبل اليأس من عودها فعلى وجهين (أحدهما) لا شيء له لان الظاهر أنه لو عاش عادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره (والثاني) فيه الدية لانه قلع سنا يئس من عودها فوجبت ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وإن قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لان الظاهر

الحفر في حال رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه .

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد اعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ماقاسوا عليه ، لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

(فصل) وإذا حفر إنسان بئراً في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ماتلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة يضمن ماقابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لانه تعدى في نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لانه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجباً لجميع الضمان ويبطل ماذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فان له فيها حقاً ومع ذلك يضمن الجميع ، والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لايباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع

(فصل) وإذا حفر بئراً في ملك إنسان أو وضع فيه مايتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان

أنها لا تعود فان عادت لم تجب الدية وان كان قد أخذها ردها وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك لا يرد شيئاً لان العادة أنها لا تعود فمتى عادت هبة من الله مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا انه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر وان عادت ناقصة أومشوهة فحكمها حكم سن الصغير اذا عادت على ماذكرنا ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييأس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك فهي كسن الكبير اذا عادت

(فصل) وان قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض فكانت منافعها باقية من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك ان ذهب بعض منافعها وبقي بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكملت ديتها كاليد المريضة ويد الكبير وان ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على مانذكره ان شاء الله تعالى ، وان قلع سنا فيها داء آكلة فان لم يذهب شيء من اجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة، وان سقط من اجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي وان كانت أحد ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

(فصل) وان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود الى مدة الى

مايتلف به ففيه وجهان (أحدهما) يبرأ لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ماتلف به فاذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الاذن بالحفر (والآخر) لاينتفي عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالابراء كسائر الأسباب، ولان حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره والابراء لايزيل ذلك، لأن مامضى لايمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها، ولان وجوب الضمان ليس بحق للمالك الابراء منه كما لو أبرأه غير المالك ولانه ابراء مما لم يجب فلم يصح كالابراء من الشفعة قبل البيع.

(فصل) وان استأجر أجيراً لحفر في ملك غيره بغير اذنه وعلم الاجير ذلك فالضمان عليه وحده لانه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل، وان لم يعلم فلضمان على المستأجر لانه غره فتعلق الضمان به كالاثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه، ولو استأجر أجيراً ليحفر له في ملكه بئراً أو ليبني له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء والزهري وقتادة وأصحاب الرأي ويشبه مذهب الشافعي لقول النبي ﷺ «البئر جبار» ولانه لم يتلفه وانما فعل الاجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه فأشبه مالو فعله تبرعا من عند نفسه إلا أن يكون الأجير عبداً استأجره بغير إذن سيده أو صبياً بغير إذن وليه فيضمنه لانه متعد باستعماله متسبب إلى اتلاف حق غيره.

ما كانت عليه انتظرت اليها فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها، وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جني على يد فرضت ثم برأت، وان بقي فيها اضطراب ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا وعلى الاول حكومة لجنايته، وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا وان قالوا يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضي الى اهدار الجناية وان عادت سقطت الحكومة كما ذكرنا في غيرها

﴿مسئلة﴾ (وتجب دية اليد والرجل في قطعهما من الكوع والكعب فان قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية وقال القاضي في الزائد حكومة)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين والرجلين ووجوب نصفها في احداهما وقد روي عن معاذ بن جبل ان النبي ﷺ قال «في اليدين الدية وفي الرجلين الدية» وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم «وفي اليد خمسون من الابل» واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها لان الله تعالى لما أمر بقطع يد السارق كان الواجب قطعها من الكوع فان قطع يده من فوق الكوع فقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه في رواية أبي طالب وهذا قول عطاء وقتادة وابن أبي ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعي وظاهر مذهبه عند أصحابه انه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لان اسم اليد لها الى الكوع ولان المنفعة المقصودة في اليد من

(فصل) فان حفر إنسان في ملكه بئراً فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لانه لاعدوان منه وان دخل باذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضاً، لان الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبه مالو قدم اليه سيف فقتل به نفسه وان كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لايبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه، وبهذا قال شريح والشعبي والنخعي وحماد ومالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر لايضمنه لانه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ماذكروه وان اختلفا فقال صاحب الدار ماأذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لانه منكر وان قال كانت مكشوفة وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع، لان الظاهر معه فان الظاهر أنها لوكانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك، لان الاصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولان الاصل عدم تغطيتها.

(فصل) وإذا بنى في ملكه حائطاً مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لانه متعد بذلك فانه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك، ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به،

البطش والاخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع فيجب في الزائد حكومة قال أبو الخطاب وهو قول القاضي

ولنا ان اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) ولما نزلت آية التيمم مسح الصحابة الى المناكب وقال ثعلب اليد الى المنكب وفي عرف الناس ان جميع ذلك يسمى يدا فاذا قطعها من فوق الكوع فما قطع الا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها فأما قطعها في السرقة فلان المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعا له كما يقال قطع ثوبه اذا قطع جانبا منه وقولهم ان الدية تجب في قطعها من الكوع قلنا ولذلك تجب بقطع الاصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب بقطع الاصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل مايجب في قطع حشفته وأما اذا قطع يده من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانيا حكومة لانه وجبت عليه دية اليد بالقطع الاول فوجب بالثاني حكومة كما لو قطع الاصابع ثم قطع الكف أو كما لو فعل ذلك اثنان

(فصل) وان كان له كفان في زراع او يدان على عضد واحداهما باطشة دون الاخرى او احداهما أكثر بطشا أو في سمت الذراع والاخرى منحرفة عنه أو احداهما تامة والاخرى ناقصة فالاولى هي الاصلية والاخرى زائدة ففي الاصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً وفي الزائد حكومة سواء قطعها مفردة او مع الاصلية وعلى قول ابن حامد لاشيء فيها لانها عيب فهي كالسلعة في اليدان استويا من

وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا وان بناه في ملكه مستويا أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لانه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وان مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لانه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وان مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أوالى ملك انسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فان لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لانه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه فأشبه مالو سقط من غير ميل فان أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين (أحدهما) أن يطالب بنقضه (والثاني) أن لا يطالب به فان لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه مالو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجهاً آخر أن عليه الضمان ، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور واسحاق لانه متعد بتركه مائلا فضمن ماتلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أوكان مائلا الى ملكه وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والنخعي والثوري وقال أبو حنيفة الاستحسان أن يضمن ، لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم

كل الوجوه وكانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولاتجب دية اليد كاملة لانها لانفع فيها فهما كاليد الشلاء وان كانتا باطشتين ففيهما جميعا دية اليد وهل تجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على ان الزائدة هل فيها حكومة اولا ؟ وان قطع احداهما فلا قود لاحتمال ان تكون هي الزائدة فلا تقطع الاصلية بها وفيها نصف مافيهما لتساويهما وان قطع أصبعاً من إحداهما وجب ارش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وان قطع ذواليد التي لها طرفان وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد لان هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة في اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا نقطع احداهما لانا لا نعرف الاصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية

(فصل) وفي الرجلين الدية بغير خلاف وفي احداهما نصفها لما ذكرنا من الحديث والمعنى في اليدين وفي تفصيلها كما ذكرنا من التفصيل في اليدين ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين في اليدين وفي قدم الاعرج ويد الاعسم الدية لان العرج لمعنى في غير القدم والعسم اعوجاج في الرسغ وليس ذلك عيبا في قدم ولا كف فلم يمنع كمال الدية فيهما وذكر أبو بكر ان في كل واحد منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لانهما لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء فان كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرنا في اليدين وان كانت احدى القدمين أطول من الاخرى وكان الطويل مساويا للرجل الاخرى فهو الاصلي وان كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الاخرى فهو

المطالبة بازالته فاذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر لاضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه مالو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولانه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق ، لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أوأجله له الامام لم يسقط عنه الضمان ، لان الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لايملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان امكنه استرجاعها كالمعير والمودع والراهن اذا امكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لانه امكنه النقض وان كان المالك محجوراً عليه لسفه او صغر او جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس اهلا للمطالبة وان طولب وليه او وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب احدهم بنقضه احتمل وجهين (احدهما) لايلزمه شيء لانه لايمكنه نقضه بدون اذنهم فهو كالعاجز عن نقضه .

الاصلي وان كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشيامستقيما فهما الاصليتان وإن لم يمكنه فقطع وأمكنه المشي على القصيرتين فهما الاصليان والآخران زائدتان فان اشل الطويلين ففيهما الدية لان الظاهر أنهما الاصليان فان قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرين تبين انهما الاصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

﴿ مسئلة ﴾ (وفي مارن الانف وحشفة الذكر وحلمتي الثديين دية العضو كاملة)

في الانف الدية اذا قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البر عمن يحفظه من أهل العلم وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال وفي الانف اذا أوعب جدعا الدية وفي رواية مالك في الموطأ اذا أوعى جدعا يعني استوعب واستوصل ولانه عضو فيه جمال ومنفعة ليس في البدن منه الا شيء واحد فاشبه اللسان

(فصل) وانما الدية في مارنه وهو مالان منه هكذا قال الخليل وغيره ولانه يروى عن طاوس انه قال : كان في كتاب رسول الله ﷺ في الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية وفي بعضه اذاقطع بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك يروى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي

﴿ مسئلة ﴾ (ويحتمل ان يجب على من استوعب الانف جدعا دية وحكومة في القصبة)

اذا قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب ويحتمل ان يجب في المارن الدية وحكومة

(والثاني) يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه والزامهم النقض فصار بذلك مفرطا وأما ان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد واما جماعة فالحكم على ماذكرنا الا أن المطالبة للمالك او ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق الا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو أبرأه منه او فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك اسقاطه ، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بابرائه وتاجيله الا أن يرضى بذلك جميعهم لان الحق لجميعهم

(فصل) واذا تقدم الى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لانه ليس بملك له ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقضه وكذلك ان وهبه وأقبضه . وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد واذا وجب الضمان وكان التالف به آدميا فالدية على عاقلته . فان أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل الا أن يثبت ذلك ببينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لان العاقلة لاتحمل اعترافا وكذلك ان أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ماذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر . والظاهر لاتثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه

في القصبة وهذا مذهب الشافعي لان المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « في الانف اذا أوعب جدعا الدية » ولانه عضو واحد فلم يجب فيه أكثر من دية واحدة كالذكر اذا قطع من أصله وبهذا يبطل ماذكروه ويفارق اذا قطع لسانه وقصبته لانهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما في الآخر أما العضو الواحد فلا يبعد ان يجب في جميعه مايجب في بعضه كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وفي الثدي كاملة في حلمته ، فأما إن قطع الانف وماتحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فأشبه مالو قطع الذكر واللحم الذي تحته

﴿مسئلة﴾ (وفي الذكر الدية) اجمع أهل العلم على ذلك لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الذكر الدية» وذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب سواء في الدية لعموم الحديث وسواء قدر على الجماع أو لم يقدر وفي حشفة الذكر الدية وهو قول جماعة من أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً لان منفعته تكمل بالحشفة كما

وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لانه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وان خيف وقوعه مثل أن تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف فأشبه المائل

(فصل) واذا أخرج الى الطريق النافذ جناحا او ساباطا فسقط او شيء منه على شيء فأتلفه فعلى المخرج ضمانه وقال أصحاب الشافعي ان وقعت خشبة ليست مركبة على حائطه وجب ضمان ما أتلفت ، وان كانت مركبة على حائطه وجب نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فتقسم الضمان عليهما

ولنا أنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطه مائلا الى الطريق فأتلف أو أقام خشبة في ملكه مائلة الى الطريق أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط ولانه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولانه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق ، والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض ولو كان مباحا لم يضمن به كسائر المباحات ولان هذه خشبة لو انقصف الخارج منها وسقط فأتلف ضمن ما أتلف فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولاننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة ويجب نصفه بجميعها وان كان اخراج الجناح الى درب غير نافذ بغير اذن أهله ضمن ما أتلفه ، وان فعل ذلك باذنهم فلا ضمان عليه لانه مباح له غير متعد فيه

تكمل منافع اليد بالاصابع فكملت الدية بقطعها كالاصابع ، وإن قطع الذكر كله او الحشفة وبعض العصبة لم يجب أكثر من الدية كما لو قطع الاصابع وبعض الكف

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الثديين الدية)

ولا نعلم خلافا في ان في ثديي المرأة الدية وفي الواحد منهما نصف الدية قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولان فيهما جمالا ونفعاً فأشبها اليدين والرجلين

﴿ مسئلة ﴾ (وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما)

نص عليه احمد وروي نحو هذا عن الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري إن ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه . ونحوه قال قتادة : اذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية

ولنا انه ذهب منهما ماتذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالاصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة ان بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالاصابع في الكف وإن قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما

(فصل) وان أخرج ميزابا إلى الطريق فسقط على انسان أوشيء فأتلفه ضمنه وبهذا قال ابو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ماأتلفه لانه غير متعد باخراجه فلم يضمن ماتلف به كما لو أخرجه إلى ملكه وقال الشافعي ان سقط كله فعليه نصف الضمان لانه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وان انقصف الميزاب فسقط منه ماخرج عن الحائط ضمن جميع ماتلف به لانه كله في غير ملكه

ولنا ماسبق في الجناح ولا نسلم أن اخراجه مباح فانه أخرج الى هواء ملك غيره شيئا يضر به فأشبه مالو أخرج إلى ملك آدمي معين بغير إذنه فاما ان أخرج إلى ملك آدمي معين شيئا من جناح او ساباط أو ميزاب او غيره فهو متعد ويضمن ماتلف به لا أعلم فيه خلافا

(فصل) واذا بالت دابته في طريق فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان اذا كان راكبا لها أو قائدا أو سائقا لها لانه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها فأشبه مالو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب انه لا يضمن ماتلف بذلك لانه لايدله على ذلك ولا يمكن التحرز منه فلم يضمن ماتلف به كما لو اتلفت برجلها وكما لو لم يكن له يد عليها ويفارق هذا ماأتلفت بيدها وفمها لانه يمكنه حفظهما

وإن ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه ، وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا ان الجناية سبب قطع اللبن فعليه ماعلى من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه ارشه لان الاصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك وإن جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما

[مسئلة] (وفي ثدي الرجل وهما التندوتان الدية)

وبه قال اسحاق وحكي ذلك قولا للشافعي لانه ذهب بالجمال من منفعة فلم يجب دية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء ، وقال الزهري في حلمة الرجل خمس من الابل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية .

ولنا ان ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كسائر الاعضاء ولانهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجب فيهما الدية كاليدين ولانه أذهب الجمال على الكمال فوجبت فيهما الدية كالشعور الاربعة عند ابي حنيفة وكأذني الاصم وأنف الاخشم عند الجميع ويفارق العين القائمة لانه ليس فيهما جمال كامل ولانها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجراً فرمته الريح على انسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمن لان ذلك من غير فعله ووضعه له كان في ملكه ويحتمل أن يضمن اذا وضعها متطرفة لانه نسب إلى إلقائها وتعدى بوضعها فأشبه من بنى حائطه مائلا

(فصل) وإن سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فاذا غرق نسب الى التفريط في حفظه . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يضمنه لانه فعل ماجرت العادة به لمصلحته فلم يضمن ماتلف به كما اذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتاداً فتلف به . فأما الكبير اذا غرق فليس على السابح شيء اذا لم يفرط لان الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره

(فصل) واذا طلب انساناً بسيف مشهور فهرب منه فتلف في هربه ضمنه سواء وقع من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صبياً أو كبيراً أعمى أو بصيراً عاقلا أو مجنوناً ، وقال الشافعي لا يضمن البالغ العاقل البصير إلا أن يخسف به سقف فان فيه وفي الصغير والمجنون والاعمى قولان لانه هلك بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطالبه

ولنا انه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئراً أو نصب سكيناً أو سم طعامه ووضعه في

وما في اللثة منها يسمى سنخاً فاذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومة كما لو قطع انسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وإن قلعها الاول بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها ، وإن فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ ففيه ديتها وحكومة لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف ، وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره إن كان ذهب النصف وجب نصف الارش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش ، فان قلع الثاني سنخها نظرنا فان كان الاول كسرها عرضاً فليس على الثاني للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل أصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثاني يده من الكوع ، وإن كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقلع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي من كسر الاول كما لو قطع الاول أصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله ، فان اختلف الثاني والمجني عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجني عليه لان الاصل سلامة السن ، وإن انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك باخواتها فان

منزله وما ذكره يبطل بهذه الاصول، ولانه تسبب الى إهلاكه فأشبه مالو انخسف من تحته سقف أو كان صغيراً أو مجنوناً ، وإن طلبه بشيء يخيفه به كالليث ونحوه فحكمه حكم مالو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه .

(فصل) ولو شهر سيفاً في وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله فعليه ديته ، وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح أو نحوه فمات أو ذهب عقله؛ أو تغفل عاقلا فصاح به فأصابه ذلك فعليه ديته تحملها العاقلة فان فعل ذلك عمداً فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ووافق الشافعي في الصبي وله في البالغ قولان . ولنا أنه سبب اتلافه فضمنه كالصبي

(فصل) وإن قدم انسانا الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمانه على عاقلة الذي قدمه لان الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وإن عمد الرامي رميه فالضمان عليه لانه مباشر وذاك متسبب فأشبه المسك والقاتل وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته إن كان خطأ لانه قتله

(فصل) وإن شهد رجلان على رجل بجرح أو قتل أو سرقة توجب القطع أو زنا يوجب الرجم أو الجلد ونحو ذلك فاقتص منه أو قطع بالسرقة أو حد فأفضى إلى تلفه ثم رجعا عن الشهادة لزمهما

لم يكن لها شيء تعتبر به ولم يمكن ان يعرف ذلك من أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته ويحتمل أن يجب على من استوعب جدعها دية وحكومة في القصبة وهذا مذهب الشافعي وقد ذكر كقطع اليد من نصف الساعد

﴿ مسئلة ﴾ (وفي العينين الدية)

أجمع أهل العلم على ذلك وعلى ان في العين الواحدة نصفها لقول النبي ﷺ «وفي العينين الدية» وروي عن النبي ﷺ انه قال « وفي العين الواحدة خمسون من الابل » رواه مالك في الموطأ ولان العينين من أعظم الجوارح نفعاً فكانت فيهما الدية وفي أحدهما نصفها كاليدين . اذا ثبت هذا فيستوي في ذلك الصغيرتان والكبيرتان والمليحتان والقبيحتان والصحيحتان والمريضتان والحولاء والرمصاء فان كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية وإن نقص من البصر نقص من الدية بقدره

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الاذنين الدية)

روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومالك في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى فيها حكومة لان الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس

ولنا أن في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الاذنين الدية » ولان عمر وعلياً قضيا فيهما بالدية ، فان قيل فقد روي عن أبي بكر الصديق أنه قضى في الاذن بخمسة عشر بعيراً قلنا لم يثبت

ضمان ماتلف بشهادتهما كالشريكين في الفعل ويكون الضمان في مالهما لاتحمله عاقلتهما لانها لاتحمل اعترافا وهذا يثبت باعترافهما

وقد روي عن علي رضي الله عنه أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة فقطعه ثم أتيا بآخر فقالا يا أمير المؤمنين ليس ذاك السارق انما هذا هو السارق فاغرمهما دية الاول وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ولم يقبل قولهما في الثاني . وإن أكره رجل رجلا على قتل انسان فقتله فصار الامر الى الدية فهي عليهما لانهما كالشريكين ولهذا وجب القصاص عليهما ، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها فحملت فماتت من الولادة ضمنها لانها ماتت بسبب فعله وتحملها العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك الا[1] باعترافه فتكون الدية عليه لان العاقلة لاتحمل اعترافا

(فصل) اذا بعث السلطان الى امرأة ليحضرها فأسقطت جنيناً ميتاً ضمنه لما روي أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فبينا هي في الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فالقت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر اصحاب النبي ﷺ فاشار بعضهم ان ليس عليك شيء إنما انت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عليه عمر فقال ما تقول يا ابا الحسن؟ فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم وان كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك افزعتها فألقته فقال عمر اقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك، ولو فزعت

(١) في نسخة بدون الا

ذلك قاله ابن المنذر ولان ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية وفي احدهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما

﴿ مسئلة ﴾ (وفي اللحيين الدية)

وهما العظمان اللذان فيهما الاسنان السفلى لان فيهما نفعاً وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافي البدن منه شيئان، وفي احدهما نصفها كاحدى اليدين والرجلين ونحوهما مما في البدن منه شيئان

﴿ مسئلة ﴾ (وفي الاليتين الدية)

قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الاليتين الدية وفي كل واحد منهما نصفها منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ولانهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجبت فيهما الدية وفي احداهما نصفها كاليدين، والاليتان هما ماعلا وأشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا إلى العظم الذي تحتهما ، وفي ذهاب بعضهما بقدره لان ماوجب فيه الدية وجب في بعضه بقدره فان جهل المقدار وجبت حكومة لانه نقص لم يعرف قدره

المرأة فماتت لوجبت ديتها ايضا ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال لا تضمن المرأة لان ذلك ليس بسبب الى هلاكها في العادة

ولنا انها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها او نفس هلكت بسببه فغرمها كالو ضربها فماتت وقوله انه ليس بسبب عادة قلنا ليس كذلك فانه سبب للاسقاط والاسقاط سبب للهلاك عادة ثم لا يتعين في الضمان كونه سببا معتاداً فان الضربة والضربتين بالسوط ليست سبباً للهلاك في العادة ومتى افضت اليه وجب الضمان، وان استعدى انسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدي الضمان إن كان ظالما لها وان كانت هي الظالمة فأحضرها عند الحاكم فينبغي أن لا يضمنها لانها سبب احضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولانه استوفى حقه فلم يضمن ماتلف به كالقصاص ويضمن جنينها لانه تلف بفعله فأشبه ما لو اقتص منها

(فصل) ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ماتلف به لانه سبب هلاكه وان اضطر الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولانه إذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً فاذا منعه اياه تسبب الى اهلاكه بمنعه مايستحقه فلزمه ضمانه كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك، وظاهر كلام

﴿مسئلة﴾ (وفي الانثيين الدية)

لا نعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي البيضتين» الدية ولان فيهما الجمال والمنفعة فان النسل يكون بهما فشبها اليدين، وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن في الصلب الدية وفي الأنثيين الدية وفي إحداهما نصف الدية في قول أكثر أهل العلم وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها لان نفع اليسرى أكثر لان النسل يكون منها

ولنا أن ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما ذوا عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالاصابع وما ذكروه ينتقض بالاصابع، وكذلك الاجفان تستوي ديتهما مع اختلاف نفعهما ثم يحتاج الى إثبات الذي ذكره وان رض أنثييه أو اشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره وان قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية لان ذلك نفعهما فلم تزدد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين وان قطع احداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

﴿مسئلة﴾ (وفي اسكتي المرأة الدية)

والاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه إحاطة الشفتين بالفم وأهل اللغة يقولون الشفران

أحمد أن الدية في ماله لانه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالباً، وقال القاضي تكون على عاقلته لان هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه العمد، وان لم يطلبه منه لم يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه وكذلك كل من رأى إنسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه وقد أساء، وقال أبو الخطاب قياس المسئلة الاولى وجوب ضمانه لانه لم ينجه من الهلاك مع امكانه فيضمنه كما لو منعه الطعام والشراب

ولنا أنه لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلم يضمنه كما لو يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسئلة غير صحيح لانه في المسئلة منعه منعاً كان سببا في هلاكه فضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا

(فصل) ومن ضرب إنسانا حتى احدث فان عثمان رضي الله عنه قضى فيه بثلث الدية، وقال أحمد لا أعرف شيئا يدفعه وبه قال اسحاق وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا شيء فيه لان الدية انما تجب لاتلاف منفعة أو عضو أو ازالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك، وهذا هو القياس وانما ذهب من ذهب الى ايجاب الثلث لقضية عثمان لانها في مظنة الشهرة ولم ينقل خلافها فيكون اجماعا ولان قضاء الصحابي بما يخالف القياس يدل على أنه توقيف وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث

حاشيتا الاسكتان كما ان أشفار العينين أهدابهما وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها وقضى به محمد بن سفيان إذا بلغا العظم وذلك لان فيهما جمالا ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيئان، وفي احداهما نصف الدية كما ذكرنا في غيرهما، وان جنى عليهما فاشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو كبيرة أو محفوظة أو غير محفوظة لانهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيه جميع ما ذكرنا كسائر اعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها لان الرتق عيب في غيرها فلم ينقص ذلك من ديتها كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين والحفظ هو الختان في حق المرأة

﴿مسئلة﴾ (وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك عانة الرجل)

لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه فان أخذ منه شيء مع فرج المرأة وذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الانف أو الشفتين من اللحم الذي حولها

﴿مسئلة﴾ (وفي اللسان الدية اذا كان ناطقا)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق، وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة وأصحاب الرأي واهل الحديث وغيرهم

(فصل) إذا ادعى القاتل ان المقتول كان عبداً أوضرب ملفوفا فقده أو القى عليه حائطا أو ادعى أنه كان ميتا وأنكر وليه ذلك فالقول قول الولي مع يمينه وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر القول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا يزول عن اليقين بالشك

ولنا أن الاصل حياة المجني عليه وحريته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل من كان مسلما وادعى انه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ماذكره، وهكذا لوقتل في دار الاسلام انسانا وادعى أنه كان كافراً وأنكر وليه فالقول قول الولي لان الدار دار الاسلام ولذلك حكمنا باسلام لقيطها ، وان قطع عضوا وادعى شلله أوقلع عينا وادعى عماها وأنكر الولي فالقول قول المجني عليه لأن الأصل السلامة وكذلك لوقطع ساعداً وادعى أنه لم يكن عليه كف أوقطع ساقاً وادعى أنه لم يكن لها قدم ، وقال القاضي ان اتفقا على أنه كان بصيراً فالقول قول المجني عليه والا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو لان هذا مما لا يتعذر اقامة البينة عليه فانه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بصره ويتوقى مايتوقاه البصير ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه

وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي اللسان الدية » ولان فيه جمالا ومنفعة فاشبه الانف فاما الجمال فقد روي عن النبي ﷺ عن الجمال فقال « في اللسان » ويقال جمال الرجل في لسانه والمرء باصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان الاصورة ممثلة أو بهيمة مهملة ، وأما النفع فان به تبلغ الاغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضى الحاجات وتتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والامر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقليبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الاعضاء نفعا وأتمها جمالا فايجاب الدية في غيره تنبيه على إيجابها فيه ؛ وإنما تجب الدية في اللسان الناطق وأما الاخرس فسنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى

(فصل) فان قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب لانه لسان لا كلام فيه فأشبه الاخرس

ولنا أن ظاهره السلامة وإنما لم يتكلم لانه لا يحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير ويخالف الاخرس فانه علم ان لسانه أشل الا ترى ان اعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية ؟ فان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه فلم تجب فيه الدية لان الظاهر أنه لا يقدر على الكلام فهو كلسان الاخرس وان كبر فنطق ببعض الحروف وجبت فيه بقدر ماذهب من الحروف لاننا تبينا أنه كان ناطقا وان كان قد بلغ الى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه لان الظاهر أنه لو كان صحيحا لتحرك ، وان لم يبلغ إلى حد يتحرك ففيه الدية لان الظاهر سلامته وان

ولنا ان الاصل السلامة فكان القول قول من يدعيه كما لو اختلفا في اسلام المقتول وحياته وقولهم لاتتعذر إقامة البينة عليه قلنا وكذلك لاتتعذر اقامة البينة على مايدعيه الجاني فايجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الاصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها، فان قالوا ههنا ماثبت أن الاصل وجود البصر قلنا الظاهر يقوم مقام الاصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته واسلامه

(فصل) وان زاد في القصاص من الجراح وقال إنما حصلت الزيادة باضطرابه وأنكر المجني عليه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المقتص منه لان الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان (والثاني) القول قول المقتص لان الاصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل، والاول أصح فان الجرح سبب وجوب الضمان ومايدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه الاصل عدمه فالقول قول من ينفيه كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعاً عن نفسه أوقتله وادعى أنه وجده مع أهله أوقتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.

قطع لسان كبير وادعى أنه كان اخرس ففيه ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو بعد قطعه من الخلاف.

(فصل) وفي اجفان العينين الدية وفي أحدها ربع الدية لان كل عدد تجب في جميعه الدية يجب في الواحد منها بحصته كالاصابع وهذا قول الثوري والشافعي واصحاب الرأي وعن مالك انه لامقدر فيها بل يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم

ولنا انها اعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تكن العين وتقيها وتحفظها من الحر والبرد ولولاها لقبح منظرها فوجبت فيها الدية كاليدين وعن الشعبي انه يجب في الاعلى ثلثا الدية وفي الاسفل ثلثها لانه اكثر نفعا

ولنا ان كل عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصة في الواحد منه كالاصابع فان قلع العينين باشفارهما وجبت ديتان لانهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجب باتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين، وتجب الدية في اشفار عين الاعمى وهي الأجفان لان ذهاب بصره عيب في غير الأجفان فلم يمنع وجوب الدية فيهما كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية في الانف.

﴿مسئلة﴾ (وفي قطع بعض المارن والاذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والانملة وشق الحشفة طولا بالحساب من ديته يقدر بالاجزاء كالثلث والربع ثم يؤخذ مثله من الدية)

لان ما وجبت الدية في جميعه وجبت في بعضه فان كان الذاهب النصف وجب نصف الدية وان كان الثلث وجب ثلثها، وان كان أقل او أكثر وجب بحساب ذلك كما تقسط دية اليد على الأصابع.

﴿ باب ديات الجراح ﴾

الجراح تتنوع نوعين (أحدهما) الشجاج وهي ما كان في رأس أو وجه (النوع الثاني) ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين (أحدهما) قطع عضو (والثاني) قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان (أحدهما) ماذكرنا (والثاني) تفويت منفعة كتفويت السمع والبصر والعقل

﴿مسئلة﴾ قال رحمه الله (ومن أتلف ما في الانسان منه شيء واحد ففيه الدية وما فيه شيئان ففي كل واحد منهما نصف الدية)

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله تعالى في الانسان منه الا واحداً كاللسان والانف والذكر والصلب ففيه دية كاملة لان اتلافه اذهاب منفعة الجنس واذهابها كاتلاف النفس، ومافيه منه شيئان كاليدين والرجلين والعينين والاذنين والمنخرين والشفتين والخصيتين والثديين والأليتين ففيهما الدية كاملة لان في اتلافهما اذهاب منفعة الجنس وفي احداهما نصف لان في اتلافه اذهاب نصف منفعة الجنس وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا، وقد روي عن الزهري عن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب له في كتابه «وفي الانف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية» رواه النسائي وغيره ورواه ابن عبد البر وقال كتاب عمرو بن حزم معروف عند الفقهاء وما فيه متفق عليه عند العلماء الا قليلا

﴿مسئلة﴾ (وفي شلل العضو واذهاب نفعه والجناية على الشفتين بحيث لا يطبقان على الاسنان الدية) لانه عطل نفعهما فاشبه مالو اشل يده وكذلك ان استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الاسنان لأنه عطل جمالها.

(فصل) وان جنى على يديه فأشلهما وجبت ديتهما لانه فوت منفعتهما فهو كما لو أعمى عينيه أوأخرس لسانه وان اشل الذكر ففيه ديته لانه ذهب بنفعه أشبه مالو أشل لسانه وكذلك ان اشل انثييه كما لو اشل يديه وكذلك إن جنى على الاسكتين فأشلهما ففيهما الدية كما لو جنى على الشفتين فأشلها ففيهما الدية وكذلك الاصابع إذا أشلهما لما ذكرنا وسائر الاعضاء الا الاذن والأنف وسنذكرهما إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وفي تسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته وعنه في تسويد السن ثلث ديتها وقال أبو بكر فيها حكومة)

اذا جنى على سنه فسودها فحكي عن أحمد في ذلك روايتان

(فصل) وما في الانسان منه أربعة أشياء ففيها الدية وفي كل واحد منها ربع الدية وهو اجفان العينين وأهدابها وما فيه منه عشرة ففيها الدية وفي كل واحد منها عشرها وهي أصابع اليدين وأصابع الرجلين وما فيه منه ثلاثة أشياء ففيها الدية وفي الواحد ثلثها وهو المنخران والحاجز بينهما وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة لان المنخرين شيئان من جنس فكان فيهما الدية كالشفتين وليس في البدن شيء من جنس يزيد على الدية الا الاسنان فان في كل سن خمسا من الابل فتزيد على الدية وقد روي أنه ليس فيها الا الدية قياساً على سائر ما في البدن والصحيح الاول لان الخبر عن النبي ﷺ ورد بايجاب خمس في كل سن فيجب العمل به وان خالف القياس

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي العينين الدية)

أجمع أهل العلم على أن في العينين إذا أصيبتا خطأ الدية وفي العين الواحدة نصفها لقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية » ولانه ليس في الجسد منهما إلا شيئان ففيهما الدية وفي احداهما نصفها كسائر الاعضاء التي كذلك ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « وفي العين الواحدة خمسون من الابل » رواه مالك في موطئه ، ولان العينين من أعظم الجوارح نفعاً وجمالا فكانت فيهما الدية وفي احداهما نصفها كاليدين. إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكونا صغيرتين أو كبيرتين ومليحتين أو قبيحتين أو

(إحداهما) تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقي ويروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبد الملك بن مروان والنخعي ومالك والليث والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي (والرواية الثانية) عن أحمد أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه وهو اقيس لانه لم يذهبها بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت وهذا قول أبي بكر

ولنا أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعا ولانه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع اذن الاصم وأنف الاخشم والظفر كذلك قياساً على السن وعن أحمد (رواية ثالثة) ان في تسويد السن ثلث ديتها والتقدير لا يثبت إلا بالتوقيف

(فصل) فاما ان اصفرت أو احمرت لم تكمل ديتها لانه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وان اخضرت احتمل ان يكون كتسويدها لانه ذهب بجمالها واحتمل ان لا يكون فيه إلا حكومة لان ذهاب جمالها لتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ما نذكره ان شاء الله تعالى وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة يجب في قلعها ديتها كما لو صفرها

صحيحتين أو مريضتين أو حولاوين أو رمصتين فإن كان فيهما بياض لاينقص البصر لم تنقص الدية وان نقص البصر نقص من الدية بقدره وفي ذهاب البصر الدية ، لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت باذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما وفي ذهاب بصر أحدهما نصف الدية كما لو أشل يداً واحدة وليس في إذهابهما بنفعها أكثر من دية كاليدين

(فصل) وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته لانه ذهب بسبب جنايته وان لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه ديته لانه ذهب بسبب فعله وان اختلفوا في ذهاب البصر رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة لان لهما طريقاً إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر ومعرفة بحالها بخلاف السمع وان لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بان يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته فان طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب وإلا حكم له، واذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة لايرجى عوده وجبت الدية ، وان قالوا يرجى عوده إلى مدة عينوها انتظر اليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فان عاد البصر سقطت عن الجاني وان لم يعد استقرت الدية وان مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فان ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه فالقول قول الوارث ، لان الأصل معه وان جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الاول الدية أو القصاص

(فصل) فان جني على سنه فذهبت حدتها وكانت ففي ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك دية كاملة لانها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة وان ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وان قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كما لو كسر منها جزءا

(مسألة) (وفي العضو الاشل من اليد والرجل والذكر والثدي ولسان الاخرس والعين القائمة وشحمة الاذن وذكر الخصي والعنين والسن السوداء والثدي دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الانف واليد والاصبع الزائدتين حكومة وعنه ثلث ديته)

أما اليد الشلاء وهي اليابسة التي ذهبت منها منفعة البطش وكذلك الرجل مثلها في الحكم قياساً عليها والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة والسن السوداء فعن احمد رحمه الله فيهن حكومة لانه لايمكن ايجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة وعنه فيهن ثلث الدية كما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها وفي السن السوداء إذا قلعت بثلث ديتها رواه النسائي وأخرجه أبو داود في العين وحدها وهو قول عمر ورواه قتادة عن خلاس عن عبدالله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن أبيه عن ابن عباس ان عمر رضي الله عنه قضى في العين القائمة إذا قلعت واليد الشلاء إذا قطعت والسن السوداء إذا كسرت بثلث دية كل واحد منهن ولانها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة وقولهم لا يمكن ايجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه

لانه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لانه أذهب عينا لاضوء لها يرجى عودها وان قال الاول عاد ضوؤها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر ، لان الأصل معه فان صدق المجني عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني وان قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا نعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لان انتظار ذلك إلى غير غاية يفضي إلى إسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والأصل يؤيده فان عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما اخذ منه لانا تبينا أنه لم يكن واجباً

(فصل) وان جنى عليه فنقص ضوء عينيه ففي ذلك حكومة وان ادعى نقص ضوئهما فالقول قوله مع يمينه لانه لايعرف ذلك إلا من جهته وان ذكر أن إحداها نقصت عصبت المريضة وأطلقت الصحيحة ونصب له شخص فيباعد عنه فكلما قال رأيته فوصف لونه علم صدقه حتى تنتهي فاذا انتهت علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ثم يعلمه عند المسافتين ويذرعان ويقابل بينهما فان كانتا سواء فقد صدق وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة ويحكم له من الدية بقدر مابينهما وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة رؤية المريضة ليكثر الواجب له فيردد حتى تستوي المسافة بين الجانبين والأصل في هذا ماروي عن علي رضي الله عنه، قال ابن المنذر

(فصل) قال القاضي قول أحمد في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لايمكنه ان يعض بها شيئا أو كانت تتفتت فاما ان كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيه كمال ديتها سواء قلت منفعتها بان يعجز عن عض الاشياء الصلبة أو لم يعجز لانها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الاعضاء وليس على من سودها إلا حكومة وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الاخبار وقضاء عمر وقول أكثر أهل العلم ولانه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كتسويد الوجه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن البيضاء إذا قلعت ونبتت مكانها سوداء لمرض فيها فان القاضي وأصحاب الشافعي سلموا انها لاتكمل ديتها

(فصل) فان نبتت اسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة لان هذا جنس خلق على هذه الصورة اشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعاً وان نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة فان قالوا ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها كمال ديتها وان قالوا ذلك لمرض فعلى قاليها ثلث ديتها أو حكومة وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ويحتمل ان يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا لان المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في نقص ديتها كما لو كان طارئا

أحسن ماقيل في ذلك ماقاله علي رضي الله عنه أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم أمر فخط عند ذلك ثم امر بعينه فعصبت الاخرى وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو يبصر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء فأعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر

قال القاضي واذا زعم أهل الطب أن بصره يقل اذا بعدت المسافة ويكثر اذا قربت وأمكن هذا في المذارعة عمل عليه وبيانه أنهم اذا قالوا إن الرجل اذا كان يبصر الى مائة ذراع ثم أراد أن يبصر الى مائتي ذراع احتاج للمائة الثانية الى ضعفي مايحتاج اليه للمائة الاولى من البصر فعلى هذا اذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها وهذا لا يكاد ينضبط في الغالب وكل مالا ينضبط ففيه حكومة . وان جنى على عينيه فندرتا أو اذا حولتا او اعمشتا ففي ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت . والجناية على الصبي والمعتوه كالجناية على البالغ والعاقل وانما يفترقان في أن البالغ خصم لنفسه والخصم للصبي والمجنون وليهما فاذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولي عنهما فان بلغ الصبي وأفاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) وفي لسان الاخرس روايتان أيضا كاليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر إذا شلا وذكر الخصي والعنين إذا قلنا لا تكمل ديتها وأشباه هذا كله يتخرج على روايتين (إحداهما) فيه ثلث الدية والاخرى حكومة

(فصل) فاما اليد والرجل والاصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة وقال القاضي هو في معنى اليد الشلاء فيخرج على الروايتين والذي ذكره شيخنا أصح لانه لا تقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله لان هذه الزوائد لاجمال فيها إنما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص بالقيمة فكيف يصح قياسه على مايحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافا كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل ان لايجب فيه شيء لما ذكرنا

(فصل) قد ذكرنا ان في الاصبع الزائدة حكومة وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت ان فيها ثلث دية الاصبع وذكر القاضي انه قياس المذهب على رواية ايجاب ثلث دية اليد في اليد الشلاء والاول أصح على ما ذكرنا ولا يصح قياسها على اليد الشلاء لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم

(فصل) واختلفت الرواية في قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدي دون حلمته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته وكذلك شحمة الاذن وعن أحمد في ذلك كله

(فصل) وفي عين الاعور دية كاملة وبذلك قال الزهري ومالك والليث وقتادة واسحاق . وقال مسروق وعبدالله بن مغفل والنخعي والثوري وابو حنيفة والشافعي فيها نصف الدية لقوله عليه السلام «وفي العين خمسون من الابل» وقول النبي ﷺ « وفي العينين الدية» يقتضي أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد او اثنان في وقت واحد او في وقتين وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجبت عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ولان ماضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع ذهابه كالاذن ويحتمل هذا كلام الخرقي لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية لم يفرق

ولنا أن عمر وعثمان وعليا وابن عمر قضوا في عين الاعور بالدية ولم نعلم لهم في الصحابة مخالفا فيكون اجماعا ولان قلع عين الاعور تتضمن اذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو أذهبه من العينين ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز أن يكون قاضيا وشاهداً ويجزىء في الكفارة وفي الاضحية إذا لم تكن العوراء مخسوفة فوجب في بصره دية كاملة كما في العينين فان قيل فلو صح هذا لم يجب في ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية لانه لم ينقص قلنا لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الثاني بدليل مالو جنى عليهما فاحولتا او عمشتا او نقص ضوؤها فانه يجب أرش النقص ولا تنقص

حكومة وهذا هو الصحيح لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته أنما بقي بعض ما فيه الدية أو أصل ما فيه الدية فاما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي ان تجب الحكومة فيه وجهاً واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي إلى ان يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما

(مسئلة) (وعنه في ذكر الخصي والعنين كمال ديته)

أما ذكر العنين فاكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الذكر الدية » ولانه غير مأيوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ وذكر القاضي فيه عن أحمد روايتين (إحداهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لا تكمل ديته وهو قول قتادة لان منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ واختلفت الرواية في ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد ابن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ولان منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه (والثانية) لا يجب فيه وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرآي وقتادة وإسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين ولان المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالاشل والجماع يذهب في الغالب بدليل ان البهائم يذهب جماعها بخصائها والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي ان الجماع في ذكر العنين ابعد منه في ذكر الخصي واليأس من الانزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين

ديتهما بذلك ولان النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية كالذي ذكرنا

(فصل) وان قلع الاعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة او قلع المماثلة للصحيحة خطأ فليس عليه الا نصف الدية لا أعلم فيه مخالفا لان ذلك هو الاصل ، وان قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص عليه وعليه دية كاملة وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في إحدى روايتيه ، وقال في الاخرى عليه نصف الدية ولا قصاص، وقال المخالفون في المسئلة الاولى: له القصاص لقوله تعالى (والعين بالعين) وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولانه لو قلعها غيره لم يجب فيها الا نصف الدية فلم يجب عليه الا نصفها كالعين الاخرى

ولنا أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة فكان اجماعاً

(فصل) وان قلع الاعور عيني صحيح العينين فليس عليه الا دية عمداً كان او خطأ ، وذكر القاضي أن قياس المذهب وجوب ديتين (إحداهما) في العين التي استحق بها قلع عين الاعور (والاخرى) في الاخرى لانها عين أعور

ولنا قول النبي ﷺ «في العينين الدية» ولانه قلع عينين فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القاطع صحيحاً ولانه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنه وماذكره القاضي لا يصح لان

﴿مسئلة﴾ (فاذا قلنا لا تكمل الدية في قطع ذكر الخصي ان قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان وإن قطع الانثيين ثم قطع الذكر لزمته دية واحدة للانثيين وفي الذكر حكومة أو ثلث الدية)

قال القاضي ونص احمد على هذا وان قطع نصف الذكر بالطول فقال أصحابنا فيه نصف الدية والاولى ان تجب الدية كاملة لانه ذهب بمنفعة الجماع به فوجبت الدية كاملة كما لو اشله او كسر صابه فذهب جماعه وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ماكان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية وان خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة وان ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك

﴿مسئلة﴾ (وان اشل الانف او الاذن او عوجهما ففيه حكومة وفي قطع الاشل منهما كمال الدية)

إذا ضرب انفه فاشله ففيه حكومة وان قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته وكذلك الاذن اذا جنى عليها فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الاعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر في ذلك ديتها وكذلك قوله في الانف اذا أشله لان ماوجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل

ولنا ان نفع الاذن باق بعد استحشافها وجمالها فان نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام

وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الاخرى عين أعور على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا اليها لاجماع الصحابة عليها ففيما عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليها فإن كان قلعهما عمداً فاختار القصاص فليس له الا قلع عينه لانه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من اذهاب بصره وهذا مبني على ماتقدم من قضاء الصحابة ، ولان عين الاعور تقوم مقام العينين وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين ونصف الدية للعين الاخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم .

(فصل) وإن قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل فله نصف الدية أو القصاص من مثلها لانه عضو أمكن القصاص من مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة . وعن أحمد رواية أخرى أن الاولى إن كانت قطعت ظلماً وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها وإن قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة فأشبه قلع عين الاعور والصحيح الاول لان هذا أحد العضوين الذين تحصل بهما منفعة الجنس لايقوم مقام العضوين فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء وكما لو كانت الاولى أخذت قصاصاً أو في غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الاعور لوجوه ثلاثة

(أحدها) أن عين الاعور حصل بها مايحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة والاحكام إلا تفاوتاً يسيراً بخلاف أقطع اليد والرجل

(والثاني) أن عين الاعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الاولى وههنا اختلفا

(الثالث) أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لايصار اليه بمجرد الرأي ولا توقيف

في صماخه وهذا باق بعد شللها فان قطعها قاطع بعد شللها ففيها ديتها لانه قطع اذ نا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكما لو قلع عينا عمياء او حولاء وكذلك الانف نفعه جمع الرائحة ومنع وصول الهوام الى دماغه وهذا باق بعد الشلل بخلاف سائر الاعضاء فان جنى على الانف فعوجه او غير لونه ففيه حكومة في قولهم جميعا وكذلك الاذن اذا عوجها أو غير لونها ففيها حكومة كالانف

(فصل) فان قطع الانف الا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطع الجلدة ففيه ديته لانه قطع جميعه بعضه بالمباشرة وبعضه بالسبب فأشبه مالو سرى قطع بعضه إلى قطع جميعه وان رده فالتحم ففيه حكومة لانه لم يبن وان ابانه فرده فالتحم فقال أبو بكر ليس فيه الا حكومة كالذي قبلها وقال القاضي فيه ديته وهو مذهب الشافعي لانه ابان انفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولان ماأبين قد نجس فيلزمه ان يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب ابانته لان اجزاء الآدمي كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة فكذلك اجزاؤه

﴿ مسئلة ﴾ (وتجب الدية في انف الاخشم والمخزوم)

فيه فيصار اليه ولا نظير له فيقاس عليه والمصير اليه تحكم بغير دليـل فيجب اطراحه ، وإن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطعت منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لان منفعة كل أذن لا تتعلق بالاخرى بخلاف العينين

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الاشفار الاربعة الدية وفي كل واحد منها ربع الدية)

يعني أجفان العينين وهي أربعة ففي جميعها الدية لان فيها منفعة الجنس وفي كل واحد منها ربع الدية لان كل ذي عدد تجب في جميعه الدية تجب في الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والاصابع وبهـذا قال الحسن والشعبي وقتادة وأبو هاشم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ، وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد لانه لم يعلم تقديره عن النبي ﷺ والتقدير لا يثبت قياساً

ولنا انها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فانها تكن العين وتحفظها وتقيها الحر والبرد وتكون كالغلق عليها يطبقه اذا شاء ويفتحه اذا شاء ولولاها لقبح منظره فوجبت فيها الدية كاليدين ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياساً فاذا ثبت هذا فان في أحدها ربع الدية . وحكي عن الشعبي أنه يجب في الاعلى ثلثا دية العين وفي الاسفل ثلثها لانه أكثر نفعاً

ولنا أن كل ذي عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصة في الواحد منه كاليدين والاصابع وما ذكره يبطل باليمين مع اليسرى والاصابع ، وإن قلع العينين بأشفارهما وجبت ديتان لانهما جنسان

لان انف الاخشم لاعيب فيه وإنما العيب في غيره فوجبت ديته كانف غير الاخشم وأما المخزوم فانفه كامل غير أنه معيب فاشبه العضو المريض ولذلك تجب في اذن الاصم لان الصمم نقص في غير الاذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الاجفان وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً

(مسئلة) (وان قطع أنفه فذهب شمه وجبت ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر وكذلك إذا قطع أذنه فذهب سمعه يجب ديتان لان السمع في غير الاذن فهو كالبصر مع الاجفان والنطق مع الشفتين)

(مسئلة) (وسائر الاعضاء اذا اذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة كاليدين إذا قلعت فذهب ضوؤها لم يجب إلا دية واحدة)

لان الضوء فيها ومثل ذلك سائر الاعضاء إذا اذهبها بنفعها لم يجب إلا دية واحدة لان نفعها فيها فدخلت ديته في ديتها ولان منافعها تابعة لها تذهب بذهابها فوجبت دية العضو دون المنفعة كما لو قتله لم يجب إلا ديته

(فصل) في دية المنافع قال الشيخ رحمه الله في كل حاسة دية كاملة وهي السمع والبصر والشم والذوق لاخلاف في وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على ان في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والاوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك

تجب الدية بكل واحد منهما منفرداً فوجبت باتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين، وتجب الدية في أشفار عين الأعمى لان ذهاب بصره عيب في غير الاجفان فلم يمنع وجوب الدية فيها كذهاب الشم لايمنع وجوب الدية في الانف

(فصل) وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية وهو الشعر الذي على الاجفان وفي كل واحد منها ربعها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي فيه حكومة

ولنا أن فيها جمالا ونفعا فانها تقي العينين وترد عنهما وتحسن العين وتجملها فوجبت فيها الدية كالاجفان وان قطع الاجفان باهدابها لم يجب أكثر من دية لان الشعر يزول تبعاً لزوال الاجفان فلم تفرد بضمان كالاصابع اذا قطع اليد وهي عليها

(مسئلة) قال (وفي الأذنين الدية)

روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ومالك في احدى الروايتين عنه ، وقال في الاخرى فيهما حكومة لان الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس

ولنا أن في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الاذنين الدية » ولان عمر وعلياً قضيا

والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وقد روي ان النبي ﷺ قال « وفي السمع الدية » وروى أبو المهلب عن أبي قلابة ان رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر بأربع ديات والرجل حي ولانها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر، وان ذهب السمع من احدى الاذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من احدى العينين

(مسئلة) (وفي البصر الدية)

لان كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت باذهاب نفعهما كاليدين اذا أشلهما وفى ذهاب بصر احداهما نصف الدية كما لو اشل يداً واحدة ، وليس فى اذهابهما بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين، وان جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه ديته لانه ذهب بسبب جنايته وان لم يذهب بها فداواها فذهب بالمداواة فعليه الدية لانه ذهب بسبب فعله

(مسئلة) (وفي الشم الدية)

لانه حاسة يختص بمنفعة فكان فى ذهابها الدية كسائر الحواس ولا نعلم فى هذا خلافا قال القاضي فى كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال « وفى المشام الدية »

(فصل) وفى الذوق الدية وكذلك قال أبو الخطاب لان الذوق حاسة فأشبه الشم وقياس المذهب

فيهما بالدية، فان قيل فقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قضى في الاذن بخمسة عشر بعيراً قلنا لم يثبت ذلك قاله ابن المنذر، ولان ما كان في البدن منه عضوان كان فيهما الدية كاليدين وفي احداهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما، ولان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين، وإن قطع بعض احداهما وجب بقدر ما قطع من ديتها ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربعها وعلى هذا الحساب سواء قطع من أعلى الاذن أو أسفلها أو اختلف في الجمال أو لم يختلف كما أن الاسنان والاصابع تختلف في الجمال والمنفعة ودياتها سواء

وقد روي عن احمد رحمه الله في شحمة الاذن ثلث الدية والمذهب الاول وتجب الدية في أذن الاصم لان الصمم نقص في غير الاذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لايؤثر في دية الاجفان وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً

(فصل) فان جنى على أذنه فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الاعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : في ذلك ديتها لان ماوجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل .

ولنا أن نفعها باق وبعد استحشافها وجمالها فان نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام في صماخه وهذا باق بعد شللها، فان قطعها قاطع بعد استحشافها ففيها ديتها لانه قطع أذناً فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكما لو قلع عيناً عمشاء أو حولاء

أنه لا دية فيه فانه لا يختلف فى أن لسان الاخرس لا دية فيه، وقد نص أحمد على أن فيه ثلث الدية ولو وجب فى الذوق دية لوجبت فى ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الاولى، واختلف أصحاب الشافعى فمنهم من قال قد نص الشافعى على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن فى لسان الاخرس حكومة وان ذهب الذوق بذهابه قال شيخنا : والصحيح ان شاء الله أنه لا دية فيه لان فى اجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه اجماعا على أنها لا تكمل فى ذهاب الذوق بمفرده لان كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل فى منفعته دونه كسائر الاعضاء ولا تفريع على هذا القول

(مسئلة) (وكذلك تجب فى الكلام والعقل والمشي والاكل والنكاح)

إذا جني عليه فخرس وجبت ديته لان كل ما تعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد

(مسئلة) (وفى ذهاب العقل الدية)

ولا نعلم فيه خلافا روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما واليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء. وفى كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفى العقل الدية» ولانه أكبر المعاني قدرا وأعظم الحواس نفعاً فانه يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي ما يضره ويدخل به في التكليف

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي السمع اذا ذهب من الاذنين الدية)

لاخلاف في هذا . قال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه قال مجاهد وقتادة والثوري والاوزاعي وأهل الشام وأهل العراق ومالك والشافعي وابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافا لهم . وقد روي عن معاذ أن النبي ﷺ قال « وفي السمع الدية » وروى ابو المهلب عن أبي قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى عمر بأربع ديات والرجل حي، ولانها حاسة تختص بنفع فكان فيها الدية كالبصر ، وإن ذهب السمع من إحدى الاذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى العينين ، وإن قطع أذنه فذهب سمعه وجبت ديتان لان السمع في غيرهما فأشبه مالو قلع أجفان عينيه فذهب بصره بخلاف العين اذا قلعت فذهب بصره فان البصر في العين فأشبه البطش الذاهب بقطع اليد

(فصل) وإن اختلفا في ذهاب سمعه فانه يتغفل ويصاح به وينظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والاصوات المزعجة فان ظهر منه انزعاج أو التفات أو مايدل على السمع فالقول قول الجاني مع يمينه لان ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعي وحلف لجواز أن يكون ماظهر منه

وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وآداء العبادات فكان بايجاب الدية أحق من بقية الحواس فان نقص عقله نقصاً معلوما وجب بقدره

(فصل) فان ذهب عقله بجناية لا توجب ارشا كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لاغير وان أذهبه بجناية توجب أرشا كالجراح او قطع عضو وجبت الدية وارش الجرح وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد، وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم يدخل الاقل منهما في الاكثر فان كانت الدية أكثر من ارش الجرح وجبت وحدها وإن كان ارش الجرح أكثر كأن قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لأنَّ ذهاب العقل تختل معه منافع الاعضاء فدخل ارشها فيه كالموت

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الارشان كما لو أوضحه فذهب بصره أوسمعه ، ولانه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب شمه لم يدخل ارشها في دية الانف والاذن مع قربها منها فههنا أولى، وما ذكروه لا يصح لانه لو دخل أرش الجرح في دية العقل لم يجب ارشه إذا زاد على دية العقل كما أن دية الاعضاء كلها مع القتل لا يجب أكثر من دية النفس فلا يصح قولهم ان منافع الاعضاء تبطل بذهاب العقل فان المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محلها

اتفاقا وإن لم يوجد منه شيء من ذلك فالقول قوله مع يمينه لان الظاهر أنه غير سميع وحلف لجواز أن يكون احترز وتصبر ، وإن ادعى ذلك في احداهما سدت الاخرى وتغفل على ماذكرنا فان ادعى نقصان السمع فيهما فلا طريق لنا إلى معرفة ذلك إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة ، وإن ادعى نقصه في أحدهما سددنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقمنا من يحدثه وهو يتباعد إلى حيث يقول اني لاأسمع فاذا قال اني لاأسمع غير عليه الصوت والكلام فان بان أنه يسمع وإلا فقد كذب فاذا انتهى الى آخر سماعه قدر المسافة وسد الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول اني لاأسمع فاذا قال ذلك غير عليه الكلام فان تغيرت صفته لم يقبل قوله وان لم تتغير صفته حلف وقبل قوله ومسحت المسافتان ونظر مانقصت العليلة فوجب بقدره فان قال اني أسمع العالي ولا أسمع الخفي فهذا لايمكن تقديره فتجب فيه حكومة

(فصل) فان قال أهل الخبرة أنه يرجى عود سمعه إلى مدة انتظر اليها وإن لم يكن لذلك غاية لم ينتظر ، ومتى عاد السمع فان كان قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعده ردت على ماقلنا في البصر

(فصل) فان جنى عليه فاذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع ارش الجرح قال أبو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وسمعه وبصره ولسانه فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حي، ولانه أذهب منافع في كل واحد منها دية فوجبت عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فان مات من الجناية لم يجب الا دية واحدة لان ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الاعضاء

(مسئلة) (وفي ذهاب المشي الدية) لانها منفعة مقصودة فوجبت فيها الدية كالكلام

(فصل) وفي كسر الصلب الدية إذا لم ينجبر لما روي في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الصلب الدية» وعن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة ان في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ وبه قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهري ومالك . وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس في كسر الصلب دية الا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعة لانه عضو لم تذهب منفعته فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء

ولنا الخبر ولانه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت فيه الدية بمفرده كالانف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ولا يجب أكثر من دية لانها منفعة تلزم كسر الصلب غالبا فأشبه ما لو قطع رجليه

(مسئلة) (وفي ذهاب الاكل الدية) لانها منفعة مقصودة فوجبت فيه الدية كالشم والنكاح

(مسئلة) (فان كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية)

روي ذلك عن علي رضي الله عنه لانه نفع مقصود فأشبه ذهاب المشي ، وإن ذهب جماعه ومشيه

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي قرع الرأس اذا لم ينبت الشعر الدية وفي شعر اللحية الدية اذا لم ينبت وفي الحاجبين الدية اذا لم تنبت)

هذه الشعور الثلاثة في كل واحد منها دية . وذكر أصحابنا معها شعراً رابعا وهو أهداب العينين وقد ذكرناه قبل هذا ففي كل واحد منهما دية وهذا قول ابي حنيفة والثوري . وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة ، وروي عن علي وزيد بن ثابت أنهما قالا في الشعر فيه الدية ، وقال مالك والشافعي فيه حكومة واختاره ابن المنذر لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كاذن الاصم وأنف الاخشم وماذكروه ممنوع فان الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يردعنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها وينتقض ماذكروه بالاصل الذي قسنا عليه ويفارق اليد الشلاء فانه ليس جمالها كاملا

(فصل) وفي أحد الحاجبين نصف الدية لان كل شيئين فيهما الدية ففي أحدهما نصفها كاليدين وفي بعض ذلك أو ذهاب شيء من الشعور المذكورة من الدية بقسطه من ديته يقدر بالمساحة كالاذنين ومارن الانف، ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة أو جميلة أو قبيحة أو كونها من

وجبت ديتان في ظاهر كلام أحمد في رواية ابنه عبد الله لانهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة فاذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن أحمد فيهما دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه ، وإن جبر صلبه فعادت احدى المنفعتين دون الاخرى لم يجب الا دية الا أن تنقص الاخرى فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لنقصها لذلك ، وإن ادعى ذهاب جماعه فقال رجلان من أهل الخبرة ان مثل هذه الجناية تذهب الجماع فالقول قول المجني عليه مع يمينه لانه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته ، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ومذهب الشافعي في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب ، وإن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية، ويروى هذا عن مجاهد قال بعض أصحاب الشافعي هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لانه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما واحتمل أن لا تجب الدية كاملة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها

﴿ مسألة ﴾ (ويجب في الحدب)

تجب الدية في الحدب لان في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الصلب الدية » ولانه أبطل عليه منفعة مقصودة وجمالا أشبه ما لو أذهب مشيه

صغير أو كبير لان سائر مافيه الدية من الاعضاء لايفترق الحال فيه بذلك وإن أبقى من لحيته مالا جمال فيه أو من غيرها من الشعور ففيه وجهان

(أحدهما) يؤخذ بالقسط لانه محل يجب في بعضه بحصته فأشبه الاذن ومارن الانف

(والثاني) تجب الدية كاملة لانه أذهب المقصود كله فأشبه مالو أذهب ضوء العينين ، ولان جنايته ربما أحوجت الى اذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سبباً لذهاب الكل فأوجبت ديته كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجة الرأس الى ماذهب بضوء عينه .

(فصل) ولا تجب الدية في شيء من هذه الشعور الا بذهابه على وجه لايرجى عوده مثل أن يقلب على رأسه ماء حاراً فتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لايعود ، وإن رجي عوده الى مدة انتظر اليها وان عاد الشعر قبل أخذ الدية لم تجب فان عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لايرجى

(فصل) ولا قصاص في شيء من هذه الشعور لان اتلافها انما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار فلا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه

(مسئلة) (وفي الصعر الدية وهو أن يضربه فيصير الوجه الى جانب)

وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلنوي منه عنقه قال الله تعالى (ولا تصعر خدك للناس) أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبراً كامالة وجه البعير الذي به الصعر ، فمن جنى على انسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة روي ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال الشافعي : ليس فيه الا حكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة

ولنا ما روى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال: وفي الصعر الدية ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان اجماعا ولانه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية كسائر المنافع ، وقولهم لم تذهب منفعة لا يصح فانه لا يقدر على النظر امامه واتقاء ما يحذره اذا مشى واذا نابه أمر أودهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليتعرف ما يريد نظره ويتعرف ما يضره مما ينفعه

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات أو ابتلاع الماء عليه شاقا فيه حكومة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها ، وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه فهذا لا يكاد يبقى وان بقي مع ذلك ففيه الدية لانه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن

(مسئلة) (وفي تسويد الوجه إذا لم يزل الدية وقال الشافعي فيه حكومة) لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر

ولنا أنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذني الاصم أو أنف الأخشم وقوله ليس

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي المشام الدية)

يعني الشم في اتلافه الدية لانه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس ولانعلم في هذا خلافا . قال القاضي في كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ انه قال « وفي المشام الدية » فان ادعى ذهاب شمه اغتفلناه بالروائح الطيبة والمنتنة فان هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجاني مع يمينه ، وإن لم يبن منه ذلك فالقول قول المجني عليه كقولهم في اختلافهم في السمع ، وإن ادعى المجني عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لانه لايتوصل إلى معرفة ذلك الا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالاقراء ويجب له من الدية ماتخرجه الحكومة ، وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعد أخذها ردها لانا تبينا أنه لم يكن ذهب وإن رجي عود شمه الى مدة انتظر اليها ، وإن ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من احدى عينيه

(فصل) وفي الانف الدية إذا كان قطع مارنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن عبدالبر وابن المنذر عمن يحفظ عنه من أهل العلم وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ انه قال «وفي الانف إذا أوعب جدعا الدية » وفي رواية مالك في الموطأ « اذا أوعي جدعا » يعني إذا استوعب واستؤصل ولانه عضو فيه جمال

بنظير لمقدر ممنوع فانه نظير لقطع الاذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بايجاب الدية أولى، فان زال السواد رد ما أخذه لسواده لزوال سبب الضمان، فأما ان صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لانه لم يذهب بالجمال على الكمال

﴿مسألة﴾ (وإذا لم يستمسك الغائط والبول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة)

وجملة ذلك أنه إذا ضرب بطنه فلم يستمسك الغائط أو المثانة فلم يستمسك البول وجب فيه الدية وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفاً الا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى أن فيها ثلث الدية لانها باطنة فهي كافضاء المرأة ، والصحيح الاول لان كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر ، وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة

﴿مسألة﴾ (وفي نقص شيء من ذلك ان علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوما ويفيق يوما أو ذهاب بصر احدى العينين أو سمع احدى الاذنين) لان ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه كالاصابع واليدين

ومنفعة ليس في البدن منه إلا شيء واحد فكانت فيه الدية كاللسان ، وانما الدية في ما رنه وهو ما لان منه هكذا قال الخليل وغيره لانه يروى عن طاوس أنه قال كان في كتاب رسول الله ﷺ «في الانف اذا أوعب مارنه جدعا الدية» ولان الذي يقطع فيه ذلك فانصرف الخبر اليه فان قطع بعضه ففيه بقدره من الدية يمسح ويعرف قدر ذلك منه كما قلنا في الاذنين ، وقد روي هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي، وان قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية وفي المنخرين ثلثاها وفي الحاجز بينهما الثلث قال أحمد في الوترة[1] الثلث وفي الحرمة في كل واحد منهما الثلث ، وبهذا قال اسحاق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر مافيه عدد من جنس من اليدين والاصابع والاجفان الأربعة ، وحكى أبو الخطاب وجها آخر ان في المنخرين الدية وفي الحاجز بينهما حكومة لقول احمد في كل زوجين من الانسان الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لان المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبها اليدين ولانه بقطع المنخرين اذهب الجمال كله والمنفعة فأشبه قطع اليدين ، فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وان قطع معه الحاجز ففيه حكومة وان قطع نصف الحاجز أو أقل أو أكثر لم يزد على حكومة وعلى الاول في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية ، وفي قطع جزء من الحاجز أو احد المنخرين بقدره من ثلث

[1] هي حجاب بين المنخرين

(فصل) وإن نقص الذوق نقصا يتقدر بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس وهي الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة فاذا لم يدرك أحدها وأدرك الباقي ففيه خمس الدية وفي اثنين خمساها وفي ثلاث ثلاثة أخماسها وإن لم يدرك واحدة فعليه الدية اذا قلنا تجب الدية في ذهاب الذوق والا ففيه حكومة

(مسئلة) (وفي بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفاً) يعتبر ذلك بحروف المعجم هي ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فان مخرجها مخرج اللام والالف فمهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره لان الكلام يتم ، بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية وفي الحرفين نصف سبعها وفي الاربعة سبعها، ولا فرق بين ماخف على اللسان من الحروف أو ثقل لان كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ويحتمل ان تقسم الدية على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفوية وهي الباء والميم والفاء والواو ، ودون حروف الحلق الستة الهمز والحاء والهاء والخاء والعين والغين ، فهذه عشرة بقي ثمانية عشر حرفا للسان تقسم ديته عليها لان الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فاذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ، ففي الواحد نصف تسع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته، وينبغي ان يجب بقدره من

الدية يقدر بالمساحة فان شق الحاجز بين المنخرين ففيه حكومة فان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر

(فصل) وان قطع المارن مع القصبة ففيه الدية في قياس المذهب وهذا مذهب مالك ويحتمل أن تجب الدية في المارن وحكومة في القصبة وهذا مذهب الشافعي لان المارن وحده موجب للدية فوجبت الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه

ولنا قوله عليه السلام «في الانف إذا أوعب جدعا الدية» ولانه عضو واحد فلم يجب به أكثر من دية كالذكر إذا قطع من أصله وماذكروه يبطل بهذا ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته لانهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما في الآخر، وأما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع وكذلك أصابع الرجل وفي الثدي كله ما في حلمته فأما ان قطع الانف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة لانه ليس من الانف فاشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته

(فصل) فان ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وإن قطعه قاطع بعد ذلك ففيه ديته كما قلنا في الاذن وقول الشافعي ههنا كقوله في الاذن على ما مضى شرحه وتبيانه وان ضربه فعوجه أو غير لونه ففيه

ثمانية وعشرين وجهاً واحداً وان ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير ارش الحرف لان الضمان انما يجب لما تلف وان ذهب حرف فابدل مكانه حرفا آخر كان كان يقول درهم فصار يقول دلهم او دعهم او ديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لان ما يبدل لايقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها فان جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضا لانه أصل وان جنى عليه جان فاذهب بعض الحروف وجنى عليه آخر فاذهب بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الاول ببصر احدى العينين وذهب الآخر ببصر الاخرى وان كان الثغ من غير جناية عليه فذهب انسان بكلامه كله فان كان مأيوسا من ذهاب لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف وان كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية الكاملة لان الظاهر زوالها وكذلك الكبير إذا امكن ازالة لثغته بالتعليم

﴿مسئلة﴾ (وان لم يعلم قدره مثل ان صار مدهوشا يفزع مما لا يفزع ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره) فيجب فيه ماتخرجه الحكومة لانه لا تقدير فيه

﴿مسئلة﴾ (فان نقص سمعه أو بصره أو شمه أو حصل في كلامه تمتمة أو عجلة أو فأفأة ففيه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية)

لان المنفعة باقية فان جني عليه جان آخر فاذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليه آخر فاذهب بصرها فان نقص ذوقه نقصاً غير مقدر بان يحس المذاق كله إلا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره أو سمعه نقصاً لا يتقدر

حكومة في قولهم جميعا وفي قطعه بعد ذلك دية كاملة وان قطعه الا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطعه ففيه دية لانه قطع جميعه بعضه بالمباشرة وباقيه بالتسبب فاشبه ما لو سرى قطع بعضه الى قطع جميعه وان رده فالتحم ففيه حكومة لانه لم يبن وإن أبانه فرده فالتحم فقال أبو بكر ليس فيه إلا حكومة كالتي قبلها ، وقال القاضي فيه دية وهذا مذهب الشافعي لانه أبان أنفه فلزمته ديته كما لو لم يلتحم ولان ما أبين قد نجس فلزمه أن يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب إبانته لأن أجزاء الآدمي كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة وكذلك أجزاؤه .

(فصل) وان قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لان الشم في غير الانف فلا تدخل دية أحدهما في الآخر كالسمع مع الاذن والبصر مع أجفان العينين والنطق مع الشفتين وان قطع أنف الاخشم وجبت ديته لان ذلك عيب في غير الانف فاشبه ما ذكرنا

« مسألة » قال (وفي الشفتين الدية)

لاخلاف بين أهل العلم أن في الشفتين الدية وفي كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه له رسول الله ﷺ « وفي المشفتين الدية» ولانهما عضوان ليس في البدن مثلهما فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانهما طبق

﴿مسألة﴾ (وان نقص مشيه أو انحنى قليلا أو تقلصت شفته بعض التقلص أو تحركت سنه أو ذهب اللبن من ثدي المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة) لما ذكرنا

﴿مسألة﴾ (وان قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية)

اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فان استويا مثل ان يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قطع إحدى عينيه فذهب بصرها وان ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كان قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الاكثر وهو نصف الدية في الحالين لان كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً فاذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف الا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية؟ ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية

﴿مسألة﴾ (وان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع الآخر بقيته فذهب بقية الكلام فعلى الاول نصف الدية وعلى الثاني نصفها ويحتمل ان يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان)

في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) على الثاني نصف الدية وهذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان السالم نصف اللسان وباقيه اشل بدليل ذهاب نصف الكلام (والثاني) عليه نصف

على الفم تقيانه مايؤذيه ويستران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما ويتم بهما الكلام فان فيهما بعض مخارج الحروف فتجب فيهما الدية كاليدين والرجلين وظاهر المذهب أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروي هذا عن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما واليه ذهب أكثر الفقهاء وروي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن في العليا ثلث الدية وفي السفلى الثلثين ، لان هذا يروى عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والزهري ، ولان المنفعة بها أعظم لانها التي تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والعليا ساكنة لاحركة فيها .

ولنا قول أبي بكر وعلي رضي الله عنهما، ولان كل شيئين وجبت فيهما الدية وجب في أحدهما نصفها كسائر الاعضاء ، ولان كل ذي عدد وجبت فيه الدية سوي بين جميعه فيها كالاصابع والاسنان ولا اعتبار بزيادة النفع بدليل ماذكرنا من الأصل

(فصل) فان ضربهما فأشلهما وجبت ديتهما لانه أتلف منفعتهما فوجبت ديتهما كما لو أشل يديه وان تقلصتا فلم تنطبقا على الاسنان أو استرختا فصارتا لاتنفصلان عن الاسنان ففيهما الدية لانه عطل منفعتهما وجمالهما وإن تقلصتا بعض التقلص وجبت الحكومة لأن منافعهما لم تبطل بالكلية

(فصل) حد الشفة السفلى من أسفل ماتجافى عن الاسنان واللثة مما ارتفع عن جلدة الذقن وحد العليا من فوق ماتجافى عن الاسنان واللثة إلى اتصاله بالمنخرين والحاجز، وحدهما طولا طول الفم الى حاشية الشدقين وليست حاشية الشدقين منهما

الدية وحكومة للربع الاشل لانه لو كان جميعه اشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية فاذا كان بعضه اشل ففي ذلك البعض حكومة أيضاً (والثالث) عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب نصف كلامه فوجب عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بان ببعضه أشل لان العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفا واليد إذا كان بطشها ضعيفاً

(فصل) وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته وان قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر عليه نصف الدية لانه لم يقطع إلا نصف لسانه

ولنا أنه ذهب بثلاثة أرباع الكلام فلزمته ثلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان في الاول ولانه لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقاء اللسان لزمته ثلاثة أرباع الدية فلان يجب بقطع نصف اللسان اولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديته لانه ذهب بثلاثة أرباع مافيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب ثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه

(فصل) إذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجني عليه من مثل ماجنى عليه فذهب من كلام الجاني

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي اللسان المتكلم به الدية)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة واصحاب الرأي وأصحاب الحديث وغيرهم وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي اللسان الدية» ولان فيه جمالا ومنفعة فأشبه الأنف فأما الجمال فقد روي أن النبي ﷺ سئل عن الجمال فقال « في اللسان » ويقال جمال الرجل في لسانه والمرء باصغريه قلبه ولسانه ويقال ما الانسان لولا اللسان الا صورة ممثلة أو بهيمة مهملة وأما النفع فان به تبلغ الاغراض وتستخلص الحقوق وتدفع الآفات وتقضي به الحاجات وتتم العبادات في القراءة والذكر والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقلبه وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الأعضاء نفعاً وأتمها جمالا فايجاب الدية في غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية في لسان الناطق فان كان أخرس لم تجب فيه دية كاملة بغير خلاف لذهاب نفعه المقصود منه كاليد الشلاء والعين القائمة .

(فصل) وفي الكلام الدية فاذا جنى عليه فخرس وجبت ديته، لان كل ماتعلقت الدية باتلافه تعلقت باتلاف منفعته كاليد فأما ان جنى عليه فأذهب ذوقه فقال أبو الخطاب فيه الدية، لان الذوق

مثل ماذهب من كلام المجني عليه أو أكثر فقد استوفى حقه ولاشيء في الزائد من سراية القود وهي غير مضمونة وان ذهب أقل فللمقتص دية مابقي لانه لم يستوف بدله

(فصل) إذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لان ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية وان ذهب بعض الكلام نظرت فان كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب فان كان احدهما أكثر وجب الاكثر على مامضى وان لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية وان كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة وان قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين وقال القاضي ان كانا متساويين ففيهما الدية وان كان احدهما منحرفاً عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة

ولنا ان هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد لان الحكومة لايخرج بها شيء اذا كانت الزيادة عيبا

﴿مسئلة﴾ (وان قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب إلا دية وان ذهبا مع بقاء اللسان وجبت ديتان)
اذا جنى على لسان ناطق فاذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وان قطع لسانه فذهبا معا لم يجب إلا

حاسة فأشبه الشم ، وقياس المذهب أنه لادية فيه فانه لايختلف في أن لسان الأخرس لاتجب فيه الدية ،وقد نص أحمد رحمه الله على أن فيه ثلث الدية ولو وجب في الذوق دية لوجبت في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال قد نص الشافعي على وجوب الدية فيه ومنهم من قال لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن في لسان الآخر حكومة وان ذهب الذوق بذهابه والصحيح ان شاء الله أنه لادية فيه لان في إجماعهم على أن لسان الاخرس لاتكمل الدية فيه إجماعا على أنها لاتكمل في ذهاب الذوق بمفرده لأن كل عضو لاتكمل الدية فيه بمنفعته لاتكمل بمنفعته دونه كسائر الأعضاء ولا تفريع على هذا القول فاما على الاول فاذا ذهب ذوقه كله ففيه دية كاملة ، وان نقص نقصا غير مقدر بأن يحس المذاق كله الا أنه لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره نقصا لايتقدر وان كان نقصاً يتقدر بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس وهي الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة ويدرك بالباقي ففيه خمس الدية وفي اثنتين خمساها وفي ثلاث ثلاثة أخماسها، وان لم يدرك بواحدة ونقص الباقي فعليه خمس الدية وحكومة لنقص الباقي ، وان قطع لسان أخرس فذهب ذوقه ففيه الدية لاتلافه الذوق وان جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وان قطعه فذهبا معاً ففيه دية واحدة لانهما يذهبان تبعاً لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل انسانا لم تجب الا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففي كل منفعة دية

دية واحدة لانهما يذهبان تبعا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل انسانا لم يجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففي كل منفعة دية

(فصل) فان جنى على لسانه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وان كان قد قبض الدية ردها وان قطع لسانه فعاد لم تجب الدية وان كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرد لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنها هبة مجددة

ولنا أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر ما يعود وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لان الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد إلى اللسان وإنما عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده وان عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضاً لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (وان كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه ديتان لاجل ذهاب المشي والجماع)

وعن أحمد فيها دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه

(فصل) وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدر ماذهب يعتبر ذلك بحروف المعجم وهي ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فان مخرجها مخرج اللام والالف فمهما نقص من الحروف وجب من الدية بقدره لان الكلام يتم بجميعها فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية ، وفي الحرفين نصف سبعها ، وفي الاربعة سبعها ولا فرق بين ماخف من الحروف على اللسان وما ثقل لان كل ماوجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره كالاصابع ، ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفة وهي أربعة الباء والميم والفاء والواو دون حروف الحلق الستة الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين فهذه عشرة بقي ثمانية عشر حرفا للسان تنقسم ديته عليها لان الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه فاذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ففي الواحد نصف تسع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته وينبغي أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين وجها واحداً وان ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير أرش الحرف لان الضمان انما يجب لما تلف ، وان ذهب حرف فأبدل مكانه حرفا آخر كأنه يقول درهم فصار يقول دلهم أودعهم أوديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لان ماتبدل لايقوم مقام الذاهب

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا في نقص سمعه وبصره فالقول قول المجني عليه مع يمينه)
لان ذلك لايعرف الا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب حكومة

(فصل) فان ادعى ان احدى عينيه نقص ضوؤها عصبت المريضة واطلقت الصحيحة ونصب له شخص وتباعد عنه فكلما قال قد رأيته ووصف لونه علم صدقه حتى ينتهي فاذا انتهت رؤيته علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له شخص ثم يذهب حتى تنتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب آخر فيصنع به مثل ذلك ثم يعلم عند المسافتين وتذرعان ويقابل بينهما فان كانا سواء فقد صدق وينظر كم بين مسافة رؤية العليلة والصحيحة؟ ويحكم له من الدية بقدر مابينهما وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم انه قصر مسافة المريضة لتكثير الواجب له فيردد حتى تستوى المسافة بين الجانبين والاصل في هذا ماروي عن علي رضي الله عنه قال ابن المنذر أحسن ماقيل في ذلك ماقاله علي أمر بعينه فعصبت وأعطي رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم أمر فخط عند ذلك ثم أمر بعينه الاخرى فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطي رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم خط عند ذلك ثم حول الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجدوه سواء فاعطاه بقدر مانقص من بصره من مال الآخر قال القاضي واذا زعم أهل الطب ان بصره يقل اذا بعدت المسافة ويكثر اذا قربت وامكن هذا في المذارعة عمل عليه وبيانه أنهم اذا قالوا ان الرجل اذا كان يبصر الى مائة ذراع ثم اراد ان يبصر

في القراءة ولا غيرها فان جنى عليه فذهب البدل وجبت ديته أيضاً لانه أصل وان لم يذهب شيء من الكلام لكن حصلت فيه عجلة او تمتمة او فأفأة فعليه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لان المنفعة باقية وان جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى عليها آخر فذهب ببصرها ، وان أذهب الاول بعض الحروف وأذهب الثاني بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الاول ببصر إحدى العينين وذهب الآخر ببصر الاخرى وان كان ألثغ من غير جناية عليه فذهب انسان بكلامه كله فان كان مأيوسا من زوال لثغته ففيه بقسط ماذهب من الحروف وان كان غير مأيوس من زوالها كالصبي ففيه الدية كاملة لان الظاهر زوالها وكذلك الكبير اذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم

(فصل) اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فان استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قلع إحدى عينيه فذهب بصرها ، وان ذهب من أحدهما أكثر من الاخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه او قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الاكثر وهو نصف الدية في الحالين لان كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفرداً فاذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ولو ذهب نصف اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب

الى مائتي ذراع احتاج المائة الثانية الى ضعفي مايحتاج اليه المائة الاولى من البصر فعلى هذا اذا أبصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليلة الى مائة علمنا أنه قد نقص ثلثا بصر عينه فيجب له ثلثا ديتها قال شيخنا وهذا لايكاد ينضبط في الغالب وكل مالا ينضبط فيه حكومة وان جنى على عينيه فندرتا أواحولتا أو عمشتا ففي ذلك حكومة كما لو ضرب يده فاعوجت والجناية على الصبي والمجنون كالجناية على البالغ والعاقل لكن يفترقان في ان البالغ العاقل خصم لنفسه والخصم للصبي والمجنون وليهما فاذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا ولم يحلف الولي عنهما فان بلغ الصبي وافاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

(فصل) فان ادعى المجني عليه نقصا في سمع أحد اذنيه سددنا العليلة واطلقنا الصحيحة وأقمنا من يصيح بحدثه وهو متباعد الى حيث يقول اني لاأسمع فاذا قال ذلك غير عليه الصوت والكلام فان بان أنه يسمع والا فقد كذب فاذا انتهى الى آخر سماعه قدرت المسافة وسدت الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول اني لاأسمع فاذا قال ذلك غير عليه الكلام فان تغيرت صفته لم يقبل قوله وان لم تتغير صفته حلف وقبل قوله وتمسح المسافتان وينظر ما انتقص العليلة فيجب بقدره فان قال إني اسمع العالي ولا أسمع الخفي فهذا لايمكن تقديره فيجب فيه حكومة

(فصل) فان قال أهل الخبرة انه يرجى عود سمعه الى مدة انتظر اليها وان لم يكن لذلك غاية لم ينتظر

نصف الدية ، وان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب نصف الدية فان قطع آخر بقية اللسان فذهبت بقية الكلام ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) عليه نصف الدية هذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان السالم نصف اللسان وباقيه أشل بدليل ذهاب نصف الكلام (والثاني) عليه نصف الدية وحكومة للربع الاشل لانه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أوثلث الدية فاذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضا (الثالث) عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لاصحاب الشافعي لانه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب ربع كلامه فوجبت عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفا واليد إذا كان بطشها ناقصا وان قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته فان قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والآخر عليه نصف الدية لانه لم يقطع الا نصف لسانه

ولنا أنه ذهب ثلاثة ارباع الكلام فلزمه ثلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الاول ولانه لو أذهب ثلاثة ارباع الكلام مع بقاء اللسان لزمه ثلاثة أرباع الدية فلان تجب بقطع نصف اللسان في الاول أولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه لكان عليه ثلاثة أرباع ديته لانه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية فكان عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب بثلاثة ارباع كلامه مع بقاء لسانه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في ذهاب بصره أري أهل الخبرة فيرجع في ذلك الى قول مسلمين عدلين منهم لان لهما طريقا الى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر بخلاف السمع فان لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بان يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء الى عينه في أوقات غفلته فان طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب والاحكم له واذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة لايرجي عوده وجبت الدية وان قالوا يرجى عوده الى مدة عينوها انتظر اليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فان لم يعد استقرت على الجاني الدية فان مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فان جاء أجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الاول الدية أو القصاص لانه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لانه أذهب عيناً لاضوء لها يرجى عود ضوئها وان قال الاول عاد ضوؤها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر لان الاصل معه وان صدق المجني عليه الاول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني فأما ان قال أهل الخبرة يرجى عوده لكن لا يعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لان انتظار ذلك الى غير غاية يفضي الى اسقاط موجب الجناية والظاهر في البصر عدم العود والاصل يؤيده فان عاد قبل استيفاء الواجب سقط وإن عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذ منه لاننا تبينا أنه لم يكن واجبا

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في ذهاب سمعه فانه يتغفل ويصاح به وينتظر اضطرابه ويتأمل عند صوت

(فصل) وإذا قطع بعض لسانه عمداً فاقتص المجني عليه من مثل ما جنى عليه به فذهب من كلام الجاني مثل ماذهب من كلام المجني عليه وأكثر فقد استوفى حقه ولا شيء في الزائد لأنه من سراية القود وسراية القود غير مضمونة ، وان ذهب اقل فللمقتص دية ما بقي لأنه لم يستوف بدله .

(فصل) وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتجب لأنه لسان لا كلام فيه فلم تجب فيه دية كلسان الأخرس

ولنا أن ظاهره السلامة وانما لم يتكلم لانه لايحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير، ويخالف الاخرس فانه علم أنه اشل الا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها وتجب فيها الدية ؟ وان بلغ حداً يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه لم تجب فيه الدية لان الظاهر أنه لايقدر على الكلام ويجب فيه ما يجب

الرعد والاصوات المزعجة فان ظهر منه ازعاج أو التفات او مايدل على السمع فالقول قول الجانى مع يمينه)

لان ظهور الامارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبة المدعي وحلف لجواز ان يكون ماظهر منه اتفاقاً وان لم يوجد شيء من ذلك فالقول قول المجني عليه مع يمينه لان الظاهر عدم السمع وحلف لجواز ان يكون احترز وتصبر وان ادعى ذلك فى احداهما سدت الاخرى وتغفل على ماذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (وان ادعى ذهاب شمه جربناه بالروائح الطيبة والمنتنة فان هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجانى مع يمينه وان لم يبن منه ذلك فالقول قول المجني عليه)

اقولنا فى اختلافهم فى السمع والبصر وان ادعى المجني عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لانه لا يتوصل إلى معرفة ذلك الامن جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالاقراء ويجب له من الدية ماتخرجه الحكومة، وان ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وان كان بعد أخذها ردها لاننا تبينا انه لم يكن ذهب وان رجي عود شمه الى مدة أنظر اليها وان ذهب شمه من أحد منخريه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من احدى عينيه

﴿ مسئلة ﴾ (وان اختلفا فى ذهاب ذوقه أطعم الاشياء المرة فان عبس للطعم المر سقطت دعواه)

لظهور مايدل على خلاف ما ادعاه والا فالقول قوله مع يمينه لانه لايعلم الا من جهته فقبل قوله فيه كالمسئلة التي قبلها

(فصل) ولا تجب دية الجرح حتى يندمل لانه لايدرى أقتل هو أم ليس بقتل فينبغي ان ينتظر حكمه وما الواجب فيه ولهذا لايجوز الاستيفاء في العمد قبل الاندمال فكذلك لايجوز أخذ الدية قبله فنقول أحد موجبي الجناية فلا يجوز قبل الاندمال كالآخر .

في لسان الاخرس، وان كبر فنطق ببعض الحروف وجب فيه بقدر ماذهب من الحروف لاننا تبينا أنه كان ناطقا ، وان كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع فلا دية فيه لان الظاهر انه لو كان صحيحا لتحرك وان لم يبلغ الى حد يتحرك ففيه الدية لأن الظاهر سلامته، وان قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه مثل ماذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ماذكرناه فيما مضى

(فصل) وان جنى عليه فذهب كلامه أوذوقه ثم عاد لم تجب الدية لاننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وان كان قد اخذ الدية ردها وان قطع لسانه فعاد لم تجب الدية ايضا وان كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرد الدية لان العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة

ولنا انه عاد ماوجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالاسنان وسائر مايعود وان قطع انسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لان الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد الى اللسان وانما عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها، وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد اللسان دون الكلام لم يرد الدية لانه قد ذهب ماتجب الدية فيه بانفراده وان عاد كلامه دون لسانه لم يردها أيضا لذلك

﴿ مسئلة ﴾ (ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى ييئس من عودها)

لان ذلك مما يعود فلا يجب شيء مع احتمال العود كالشعر وانما يعرف ذلك بقول عدلين من أهل الخبرة انها لاتعود ابدا

﴿ مسئلة ﴾ (فلو قطع سن كبير أوظفرا ثم نبت أو رده فالتحم فلم تجب الدية)

نص أحمد في السن على ذلك في رواية جعفر بن محمد وهو قول ابي بكر والظفر في معناها وقال القاضي تجب ديتها وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا توجيههما فيما إذا قطع انفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب عليه حكومة لنقصها ان نقصت وضعفها ان ضعفت ،وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لانها ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع ،وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فان قلنا يجب فلا شيء على قالعها لانه قد أحسن بقلع مايجب قلعه وان قلنا لايجب قلعها احتمل ان تؤخذ ديتها لما ذكرنا واحتمل ان لا تؤخذ ديتها لانه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة. فاما ان جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فثبتت وجبت ديتها وجها واحدا لان سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئاً، وان قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لانها ليست سناله ولا هي من بدن ولكن يجب فيها حكومة لانها جناية ازالت جماله ومنفعته فاشبه ما لو خاط جرحه بخيط فالتحم فقامه إنسان فانفتح

(فصل) واذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لان ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية وان ذهب بعض الكلام نظرت فان كان الطرفان متساويين وكان ماقطعه بقدر ماذهب من الكلام وجب وان كان أحدهما أكبر وجب الأكثر على مامضى ، وان لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ماذهب من اللسان من الدية وان كان أحدهما منحرفاً عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة وان قطع جميع اللسان وجبت الدية ، من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين او مختلفين وقال القاضي ان كانا متساويين ففيهما الدية وان كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة .

ولنا أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان إلى شيء واحد ، لان الحكومة لايخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيباً

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي كل سن خمس من الابل إذا قلعت ممن قد أثغر والأضراس والأنياب كالأسنان)

لانعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الاسنان خمس خمس في كل سن ، وقد روي ذلك عن عمر

الجرح وزال التحامه، ويحتمل أن لايجب شيء لانه أزال ماليس من بدنه فاشبه مالو قلع انف الذهب الذي جعله المجدوع مكان انفه، والاول أولى لان هذا كان قد التحم بخلاف انف الذهب فانه يمكن اعادته كما كان وهذا اذا اعاده قد لا يلتحم

﴿ مسئلة ﴾ (وان ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته)

لزوال سببها وان كان قد اخذها ردها لانا تبينا انه اخذها بغير حق

﴿ مسئلة ﴾ (وان عاد ناقصا أو عادت السن أوالظفر قصيراً أو متغيرا فله أرش نقصه)

لانه نقص حصل بجنايته أشبه مالو نقصه مع بقاء

﴿ مسئلة ﴾ (وان قلع سنا صغيرا ويئس من عودها وجبت ديتها)

لانه أذهبها بجنايته اذهابا مستمرا فوجبت ديتها كسن الكبير وقال القاضي فيها حكومة لان العادة عودها فلم تكمل ديتها كالشعر، والصحيح الاول لان الشعر لو لم يعد وجبت ديته مع ان العادة عوده

﴿ مسئلة ﴾ (وعنه في الظفر اذا نبت على صفته خمسة دنانير وان نبت متغيرا عشرة)

والتقديرات بابها التوقيف ولانعلم فيه توقيفا والقياس انه لاشيء فيه اذا عاد على صفته وإن نبت متغيرا ففيه حكومة

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المجني عليه فادعى الجاني عود ماأذهبه فانكر الولي فالقول قوله)

لان الاصل عدم العود، وان جنى على سنه اثنان فاختلفا فالقول قول المجني عليه في قدر ماأتلف كل واحد منهما لان ذلك لايعرف الا من جهته فاشبه مالو ادعي نقص سمعه او بصره

ابن الخطاب وابن عباس ومعاوية وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء وطاوس والزهري وقتادة ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي ﷺ «في السن خمس من الابل» رواه النسائي وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال « في الاسنان خمس خمس » رواه أبو داود ، فأما الاضراس والانياب فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان منهم عروة وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الاضراس ببعير بعير وعن سعيد بن المسيب أنه قال لو كنت أنا لجعلت في الاضراس بعيرين بعيرين فتلك الدية سواء ، وروى ذلك مالك فى موطئه وعن عطاء نحوه ، وحكي عن أحمد رواية أن في جميع الاسنان والاضراس الدية فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للاجماع على أن في كل سن خمساً من الابل وورد الحديث به فيكون في الاسنان ستون بعيراً ، لان فيه اثني عشر سناً أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس وفيه عشرون ضرساً فى كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل فيكون فيها أربعون بعيراً في كل ضرس بعيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا أنه ذو عدد يجب فيه الدية فلم تزد ديته على دية الانسان كالاصابع والاجفان وسائر مافي البدن ولأنها تشتمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ولان

(فصل) قال رضي الله عنه (وفي كل واحد من الشعور الاربعة الدية وهي شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين)

وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب وشريح والحسن وقتادة وروي عن علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما انهما قالا في الشعر الدية وقال مالك والشافعي فيه حكومة واختاره ابن المنذر لانه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء والعين القائمة

ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الاصم وأنف الأخشم وقولهم لا منفعة فيه ممنوع فان الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه وهدب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى اجفانها وماذكروه ينتقض بالاصل الذي قسنا عليه واليد الشلاء ليس جمالها كاملا

(مسألة) (وفي كل حاجب نصفها وفي كل هدب ربعها)

وجملة ذلك أن في إحدى الحاجبين نصف الدية لان كل شيئين فيهما الدية في أحدهما نصفها كاليدين وفي كل هدب ربعها لان الدية إذا وجبت في أربعة اشياء وجب في كل واحد ربعها كالاجفان

(مسألة) (وفي بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة كالاذنين ومارن الانف ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو كونها من صغير أو كبير)لان سائر مافيه الدية من الاعضاء لا تفترق الحال فيه بذلك

الاضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والاسنان فيها منفعة وجمال فاختلفا في الارش .

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الاصابع سواء والاسنان سواء الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء » وهذا نص وقوله في الاحاديث المتقدمة « في الاسنان خمس خمس » ولم يفصل يدخل في عمومها الاضراس لانها أسنان ولان كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالاصابع والاجفان والشفتين وقد أومأ ابن عباس إلى هذا فقال لا اعتبرها بالاصابع فأما ماذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة القياس فيه فمن ذهب إلى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب إلى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الاعضاء من جنس واحد فكان ما ذكرناه مع موافقة الاخبار وقول أكثر أهل العلم أولى، وأما على قول عمر إن في كل ضرس بعيراً فيخالف القياسين جميعا والاخبار فانه لايوجب الدية الكاملة وانما يوجب ثمانين بعيراً ويخالف بين الاعضاء المتجانسة ، وانما يجب هذا الضمان في سن من قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حداً إذا قلعت سنه لم يعد بدلها، يقال ثغر وأثغر واتغر إذا كان كذلك، فأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها في الحال شيء هذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافاً وذلك لان العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن ينتظر عودها فان مضت مدة ييئس من عودها وجبت ديتها قال أحمد يتوقف سنة لانه الغالب في نباتها .

(مسئلة) (وانما تجب ديته اذا أزاله على وجه لايعود)

مثل ان يقلب على رأسه ماء حاراً فيتلف منبت الشعر فينقطع بالكلية بحيث لا يعود وان رجي عوده إلى مدة انتظر اليها

(مسئلة) (فان عاد سقطت الدية)

اذا عاد قبل أخذ الدية لم تجب فان عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم في ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده ومالا يرجى

(مسئلة) (وان بقي من لحيته مالاجمال فيه أو من غيره من الشعور ففيه وجهان)

(أحدهما) يؤخذ بالقسط لانه محل يجب في بعضه بحصته فاشبه الاذن ومارن الانف **(والثاني)** تجب الدية كاملة لانه أذهب المقصود كله فاشبه ما لو أذهب ضوء العينين ولان جنايته ربما احوجت إلى اذهاب الباقي لزيادته في القبح على ذهاب الكل فتكون جنايته سببا لذهاب الكل فاوجبت ديته كما لو ذهب بسراية الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجة الرأس الى ما اذهب ضوء عينيه

(مسئلة) (ولاقصاص في شيء من هذه الشعور)

لان اتلافها انما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار ولا تمكن المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه

(مسئلة) (وان قلع الجفن بهدبه لم يجب إلا دية الجفن)

لان الشعور تزول تبعا لزوال الاجفان فلم يجب فيه شيء كالاصابع إذا قطع الكف وهي عليه

وقال القاضي اذا سقطت أخواتها ولم تعد هى أخذت الدية وان نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله لكن ان عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة لان الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها وان أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها من ديتها بقدر مانقص، وكذلك ان كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها ففيها بقدر ماذهب منها كما لو كسر من سنه ذلك القدر وان نبتت أكبر من أخواتها ففيها حكومة لان ذلك عيب وقيل فيها وجه آخر لاشيء فيها لان هذا زيادة والصحيح الاول لان ذلك شين حصل بسبب الجناية فأشبه نقصها وان نبتت مائلة عن صف الاسنان بحيث لاينتفع بها ففيها ديتها لان ذلك كذهابها وان كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها وان نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها ، وان نبتت سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي

(احداهما) فيها ديتها (والثانية) فيها حكومة كما لو سودها من غير قلعها ، وان مات الصبي قبل اليأس من عود سنه ففيه وجهان

(احدهما) لاشيء له لان الظاهر أنه لو عاش لعادت فلم يجب فيها شيء كما لو نتف شعره

(والثاني) فيها الدية لأنه قلع سناً وأيس من عودها فوجبت ديتها كما لومضى زمن تعود في مثله فلم تعد ، وان قلع سن من قد ثغر وجبت ديتها في الحال لان الظاهر أنها لاتعود فان عادت لم تجب

﴿مسألة﴾ (وان قلع اللحيين بما عليها من الاسنان وجبت ديتهما ودية الاسنان)

ولم تدخل دية الاسنان في اللحيين كما تدخل دية الاصابع في اليد لوجوه (احدها) ان الاسنان ليست متصلة باللحيين ، إنما هي مغرزة فيها بخلاف الاصابع (الثاني) ان أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الاصابع مع الكف فان اسم اليد يشملها (الثالث) أن اللحيين يوجدان منفردين عن الاسنان فانهما يوجدان قبل وجود الاسنان ويبقيان بعد قلعها بخلاف الكف مع الاصابع

﴿مسألة﴾ (وان قطع كفا باصابعه لم يجب إلا دية الاصابع)

لدخول الجميع في مسمى اليد وكما لو قطع ذكراً بحشفته لم يجب إلا دية الحشفة لدخولها في مسمى الذكر

﴿مسألة﴾ (وان قطع كفا عليه بعض الاصابع دخل ماحاذى الاصابع في ديتها وعليه ارش باقي الكف)

لان الاصابع لو كانت سالمة كلها لدخل ارش الكف كله في دية الاصابع فكذلك ماحاذى الاصابع السالمة يدخل في ديتها وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل في ديته فوجب ارشه كما لو كانت الاصابع كلها مقطوعة

﴿مسألة﴾ (وان قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها) كما لو قطع كفا باصابعها أو قطع جفناً بهدبه

(فصل) وفي عين الاعور دية كاملة نص عليه وبذلك قال الزهري ومالك والليث وقتادة وإسحاق وقال مسروق وعبدالله بن مغفل والنخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي فيها نصف الدية لقوله عليه

الدية وان كان قد أخذها ردها . وبهذا قال أصحاب الرأي ، وقال مالك : لا يرد شيئاً لان العادة أنها ، تعود فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا انه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر ، وان عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير اذا عادت على ما ذكرنا ، ولو قلع سن من لم يثغر فمضت مدة ييئس من عودها وحكم بوجوب الدية فعادت بعد ذلك سقطت الدية وردت إن كانت أخذت كسن الكبير اذا عادت

(فصل) وتجب دية السن فيما ظهر منها من اللثة لان ذلك هو المسمى سناً وما في اللثة منها يسمى سنخاً فاذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومة كما لو قطع انسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه ، وان قلعها الآخر بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها ، وان فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ فعليه ديتها وحكومة لان ديتها وجبت بالاول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره ، وكذلك لو قطع الاصابع ثم قطع الكف ، وان كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، وان كان ذهب النصف وجب نصف الارش وان كان الذاهب الثلث وجب الثلث ، وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الارش

الصلاة والسلام « وفي العين خمسون من الابل » وقوله عليه السلام « وفي العينين الدية » يقتضي ان لا يجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين وقالع الثانية قالع عين أعور فلو وجب عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ، ولان ما يضمن بنصف الدية مع نظيره يضمن به مع ذهابه كالاذن ويحتمل هذا كلام الخرقي لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق

ولنا ان عمر وعثمان وعليا وابن عمر قضوا في عين الاعور بالدية ولا نعلم لهم في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ولان قلع عين الاعور يتضمن اذهاب البصر كله فوجبت الدية كما لو اذهبه من العينين ، ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين فانه يرى الاشياء البعيدة ويدرك الاشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز ان يكون قاضياً ويجزىء في الكفارة وفي الاضحية إذا لم تكن العين مخسوفة فوجب في بصره دية كاملة كذي العينين ، فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يجب في ذهاب إحدى العينين نصف الدية لانه لم ينقص ، قلنا لانه لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الباقي بدليل ما لو جنى عليها فاحولتا أو عمشتا أو نقص ضوؤها فانه يجب ارش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ولان النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية ، قلت ولولا ماروي عن الصحابة لكان القول الآخر اولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع احدى الاذنين وما ذكر من المعاني فهو موجود فيما اذا ذهب سمع أحد الاذنين ولم يوجبوا في الباقي دية كاملة

فان قلع الثاني بقيتها بسنخها نظرنا فان كان الاول كسرها عرضاً فليس على الثاني للسنخ شيء لانه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الاول من كل أصبع من أصابعه أنملة ثم قطع الثاني يده من الكوع ، وان كان الاول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقطع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي لما كسره الاول كما لو قطع الاول أصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله ، فان اختلف الثاني والمجنى عليه فيما قلعه الاول فالقول قول المجني عليه لان الأصل سلامة السن ، وان انكشفت اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ماانكشف على خلاف العادة ، وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك باخواتها فان لم يكن لها شيء يعتبر به ولم يمكن أن يعرف ذلك أهل الخبرة فالقول قول الجاني لان الاصل براءة ذمته

(فصل) وإن قلع سناً مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وضغط الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها لان جمالها وبعض منافعها باق فكمل ديتها كاليد المريضة ويد الكبير ، وإن ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ماسنذكره ان شاء الله تعالى ، وان قلع سناً فيها داء أو آكلة فان لم يذهب شيء من أجزائها وجب فيها دية السن الصحيحة لانها كاليد المريضة وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب منها ووجب الباقي ، وإن كان إحدى ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرها

﴿مسألة﴾ (وان قلع الاعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة)

إذا قلع الاعور عين صحيح نظرنا فان قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة أو قلع المماثلة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافاً لان ذلك هو الاصل ، وان قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً فلا قصاص وعليه دية كاملة وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك في احدى روايتيه وقال في الاخرى عليه نصف الدية ولاقصاص ، وقال المخالفون في المسألة الاولى له القصاص لقوله تعالى (والعين بالعين) وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولانه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب فيه إلا نصفها كالعين الاخرى

ولنا ان عمر وعثمان رضي الله عنهما قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة فكان اجماعاً ولانه منعناه من اتلاف ضوء يضمن بدية كاملة فوجبت عليه دية كاملة كما لو قلع عيني سليم ثم عمي الجاني ويحتمل ان يقلع عينه ويعطى نصف الدية لان ذلك يروى فيه أثر وقد روي عن علي رضي الله عنه في الرجل اذا قتل امرأة يقتل بها ويعطى نصف الدية

﴿مسئله﴾ (وان قلع عيني صحيح عمداً خير بين قلع عينه ولاشيء له غيرها وبين الدية)

إذا قلع الاعور عيني صحيح عمداً فان شاء قلع عينه ولاشيء له لان عينه فيها دية كاملة لما ذكرنا من قضاء الصحابة رضي الله عنهم فيها بالدية ولانه أذهب بصره كله فلم يكن له أكثر من اذهاب بصره

(فصل) فان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الاسنان وقيل انها تعود إلى مدة الى ما كانت عليه انتظرت اليها فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برأت، وان بقي فيها اضطراب ففيها حكومة، وان قلعها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبله وعلى الاول حكومة لجنايته وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة وان قلعها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا وان قالوا يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لئلا يفضي الى اهدار الجناية فان عادت سقطت الحكومة لما ذكرنا في غيرها

(فصل) فان قلع قالع سنه فردها صاحبها فنبتت في موضعها لم تجب ديتها نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد وهذا قول أبي بكر وعلى قول القاضي تجب ديتها وهو مذهب الشافعي، وقد ذكرنا توجيههما فيما اذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب فيها حكومة لنقصها ان نقصت أو ضعفها ان ضعفت، وان قلعها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لانها سن ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع، وعلى قول القاضي ينبني حكمها على وجوب قلعها فان قلنا يجب قلعها فلا شيء على قالعها لانه قد أحسن بقلعه ما يجب قلعه وان قلنا لا يجب قلعها احتمل أن يؤخذ بديتها لما ذكرنا واحتمل أن لا يؤخذ بديتها لانه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها حكومة فاما ان جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فنبتت وجب ديتها وجها واحدا لان سنه ذهبت

وهو مبني على قضاء الصحابة وان عين الاعور تقوم مقام العينين وأكثر أهل العلم على ان له القصاص ونصف الدية للعين الاخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم فاما ان قلعها خطأ فليس له إلا الدية كما لو قلعهما صحيح العينين وذكر القاضي فيما إذا قلعها عمداً ان قياس المذهب وجوب ديتين إحداهما في العين التي استحق بها قلع عين الاعور والاخرى في الاخرى لانها عين الاعور

ولنا قول النبي ﷺ «وفي العينين الدية» ولانه قلع عينين فلم يلزمه اكثر من الدية كما لو كان القالع صحيحا ولانه لم يزد على تفويت منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنيه وما ذكره القاضي لا يصح لان وجوب الدية في احدى عينيه لا يجعل الاخرى عين أعور على ان وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا اليها لاجماع الصحابة عليها فيما عدا موضع الاجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما

(مسألة) (وفي يد الاقطع نصف الدية وكذلك في رجله وعنه فيها دية كاملة وان اختار القصاص فله ذلك) لانه عضو أمكن القصاص في مثله فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله كما لو قطع اذن من له اذن واحدة

وعن أحمد رواية اخرى ان الاولى ان كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها أو قطعت قصاصاً ففيها نصف ديتها وان قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لانه عطل منافعه من العضوين جملة فاشبه

بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها شيئاً وان قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لانها ليست سنا له ولاهي من بدنه ولكن يجب فيها حكومة لانها جناية أزالت جماله ومنفعته فأشبه مالو خاط جرحه بخيط فالتحم فقلع أسنان الخيط فانفتح الجرح وزال التحامه ويحتمل أن لا يجب شيء لانه أزال ماليس من بدنه أشبه مالو قلع الانف الذهب الذي جعله المجدوع مكان أنفه

(فصل) وان جنى على سنه فسودها فحكي عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان (إحداهما) تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقي ويروى هذا عن زيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبدالملك بن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز ابن ابي سلمة والثوري وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي

(والرواية الثانية) عن أحمد أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيها ديتها وان لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي والقول الثاني للشافعي وهو المختار عند أصحابه لانه لم يذهب بمنفعتها فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت

ولنا أنه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعا ولانه أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع أذن الاصم وأنف الاخشم فاما ان اصفرت أواحمرت لم تكمل ديتها لانه لم يذهب الجمال على الكمال وفيها حكومة وان اخضرت احتمل أن يكون كتسويدها لانه يذهب بجمالها واحتمل أن لايجب فيها إلا حكومة ، لان ذهاب جمالها بتسويدها أكثر فلم يلحق به غيره كما لو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها ثلث ديتها أو حكومة على ماسنذكره فيما بعد وعلى قول من لم يوجب فيها إلا حكومة تجب في قلعها ديتها كما لو صفرها

(فصل) وان جنى على سنه فذهبت حدتها وكالت ففي ذلك حكومة وعلى قالعها بعد ذلك

قلع عين الاعور والصحيح الاول لان هذا أحد العضوين الذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء وكما لو كانت الاولى أخذت قصاصاً أو في غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الاعور لثلاثة وجوه

(احدها) ان عين الاعور حصل فيها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة والاحكام إلا اختلافا يسيرا بخلاف اقطع اليد والرجل (والثاني) ان عين الاعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الاولى وههنا اختلف (الثالث) ان هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار اليه بمجرد الرأي ولا توقيف فيه فيصار اليه ولا نظير له فيقاس عليه فالمصير اليه تحكم بغير دليل فيجب اطراحه فاما ان قطعت اذن من قطعت اذنه أو منخر من قطع منخره لم يجب فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لان منفعة كل اذن لا تتعلق بالاخرى بخلاف العينين

دية كاملة لانها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة وان ذهب منها جزء ففي الذاهب بقدره وان قلعها قالع نقص من ديتها بقدر ماذهب كما لو كسر منها جزء

(فصل) وفي اللحيين الدية وهما العظمان اللذان فيهما الاسنان السفلى لان فيهما نفعاً وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر مافي البدن منه شيئان وفي أحدهما نصفها كالواحد مما في البدن منه شيئآن وان قلعهما بما عليهما من الاسنان وجبت عليه ديتهما ودية الاسنان ولم تدخل دية الاسنان في ديتهما كما تدخل دية الاصابع في دية الوجه لوجوه ثلاثة :

(أحدها) ان الاسنان مغروزة في اللحيين غير متصلة بهما بخلاف الاصابع (والثاني) ان كل واحد من اللحيين والاسنان ينفرد باسمه و لايدخل احدهما في اسم الآخر بخلاف الاصابع والكف فان اسم اليد يشملهما (والثالث) ان اللحيين توجدان قبل وجود الاسنان في الخلقة وتبقيان بعد ذهابها في حق الكبير ومن تقلعت اسنانه عادة بخلاف الاصابع والكف

﴿ باب الشجاج وكسر العظام ﴾

الشجة اسم لجرح الرأس والوجه خاصة وهي عشر، خمس لامقدر فيها (اولها) الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تشقه قليلا ولاتدميه (ثم البازلة) وهي الدامية التي يخرج منها دم يسير (ثم الباضعة) وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم (المتلاحمة) وهي التي تنزل في اللحم ثم السمحاق التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة في ظاهر المذهب

وجملة ذلك ان الشجاج عشر خمس لا توقيت فيها، أولها الحارصة قاله الاصمعي وهي التي تشق الجلد قليلا يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد لايظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا وقال بعضهم هي الحرصة ثم البازلة وهي التي ينزل منها الدم أي يسيل وتسمى الدامية أيضاً والدامعة لقلة سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولا كثيراً تزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق ثم السمحاق وهي التي تصل الى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاه وهي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه وهذه الشجاج الخمس لا توقيت فيها في ظاهر المذهب وهو قول أكثر الفقهاء يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروي عن أحمد رواية أخرى ان في الدامية بعيرا وفي الباضعة بعيرين، وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة ابعرة لان ذلك يروى عن زيد بن ثابت وروي عن علي رضي الله عنه في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة والصحيح الاول فانها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن

﴿مسئلة﴾ قال (وفي اليدين الدية)

أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في احداهما ، وروي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال « وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية » وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي اليد خمسون من الابل » ولان فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة كاملة وليس في البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لان اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها بدليل أن الله تعالى لما قال (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) كان الواجب قطعهما من الكوع وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين إلى الكوعين فان قطع يده من فوق الكوع مثل أن يقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية اليد نص عليه احمد في رواية أبي طالب وهذا قول عطاء وقتادة والنخعي وابن أبي ليلى ومالك وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وظاهر مذهبه عند أصحابه أنه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لان اسم اليد لها الى الكوع ، ولان المنفعة المقصودة في اليد من البطش والاخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع بغير خلاف فتجب في الزائد حكومة كما لو قطعه بعد قطع الكف قال ابو الخطاب وهذا قول القاضي

روي عن مكحول قال قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الابل ولم يقض فيما دونها ولأنه لم يثبت فيها مقدر له بتوقيف ولا قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة وذكر القاضي انه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها قدرت هذه الجراحة منها فان كانت بقدر النصف وجب نصف ارش الموضحة وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا الا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة فاذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها فيوجب ثلثي ارش الموضحة وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجب النصف فيوجب الاكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لانه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب فيها والدليل على إيجاب هذا المقدار ان هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بقدره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا : وهذا لا نعلمه مذهباً لاحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح لان هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه فانه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيراً وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيراً لما وقت ديته ففيه حكومة أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي ﷺ عليه بين قدر ديته كقوله « في الانف وفي اللسان الدية » وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالاليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرناه فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه

ولنا أن اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى (وأيديكم الى المرافق) ولما نزلت آية التيمم مسحت الصحابة الى المناكب ، وقال ثعلب اليد الى المنكب وفي عرف الناس أن جميع ذلك يسمى يداً فاذا قطعها من فوق الكوع فما قطع الا يداً فلا يلزمه أكثر من ديتها ، فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له كما يقال قطع ثوبه اذا قطع جانباً منه وقولهم إن الدية تجب في قطعها من الكوع قلنا وكذلك تجب بقطع الاصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب في قطع الاصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب بقطع حشفته فأما اذا قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانياً حكومة لانه وجبت عليه دية اليد بالقطع الاول فوجبت بالثاني حكومة كما لو قطع الاصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان

(فصل) فان جنى عليها فأشلها وجبت عليه ديتها لانه فوت منفعتها فلزمته ديتها كما لو أعمى عينه مع بقائها أو أخرس لسانه ، وإن جنى على يده فعوجها أو نقص قوتها أو شانها فعليه حكومة لنقصها ، وإن كسرها ثم انجبرت مستقيمة وجبت حكومة لشينها ان شانها ذلك وإن عادت معوجة فالحكومة أكثر لان شينها أكثر ، وإن قال الجاني أنا أكسرها ثم أجبرها مستقيمة لم يمكن من ذلك لانها جناية ثانية ، فان كسرها تعديا ثم جبرها فاستقامت لم يسقط ما وجب من الحكومة في اعوجاجها

كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الاعضاء وكسر العظام فليس فيه الا الحكومة

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وخمس فيها مقدر أولها الموضحة وهي التي توضح العظم أي تبرزه والوضح البياض) يعني أنها أبدت وضح العظم أي بياضه وأجمع أهل العلم على أن ارشها مقدر قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الابل » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « في المواضح خمس خمس » رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن وانما يجب ذلك في موضحة الحر فأما موضحة العبد فقد ذكرنا الخلاف فيها وموضحة المرأة كموضحة الرجل فيما يجب فيها عند أحمد رحمه الله لان المرأة تساوي جراحها جراح الرجل الى ثلث الدية وعند الشافعي أن موضحة المرأة انما يجب فيها نصف ما وجب في موضحة الرجل بناء على مذهبه في أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في القليل والكثير والحديث الذي ذكرناه حجة عليه وفيه كفاية وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء وهو ظاهر المذهب روي ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهري وربيعة وأبو حنيفة والشافعي واسحاق ، وعن أحمد أن في موضحة الوجه عشرة أبعرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب لان شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة وقال مالك : إذا كانت في أنف أو في اللحي الاسفل ففيها حكومة لانها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن

لان ذلك استقر حين انجبرت عوجاء وهذه جناية ثانية والجبر الثاني لها دون الاولى ولا يشبه هذا ماإذا ذهب ضوء عينه ثم عاد لاننا تبينا أن الضوء لم يذهب وانما حال دونه حائل وههنا بخلافه ويجب الحكومة في الكسر الثاني لانها جناية ثانية ويحتمل أن لا تجب لانه أزال ضرر العوج منها فكان نفعا فأشبه مالو جنى عليه بقطع سلعة أزالها عنه

(فصل) فان كان له كفان في ذراع أو يدان على عضد واحداهما باطشة دون الاخرى أو احداهما أكثر بطشاً أو في سمت الذراع والاخرى منحرفة عنه أو احداهما تامة والاخرى ناقصة فالاولى هي الاصلية والاخرى زائدة ففي الاصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً والاخرى زائدة فيها حكومة سواء قطعها مفردة أو قطعها مع الاصلية ، وعلى قول ابن حامد لا شيء فيها لانها عيب فهي كالسلعة في اليد وان استويا من كل الوجوه فان كانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولا تجب دية اليد كاملة لانهما لا نفع له فيهما فهما كاليد الشلاء وان كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد وهل يجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على الزائدة هل فيها حكومة ام لا ؟ وان قطع إحداهما فلا قود لاحتمال ان تكون هي الزائدة فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف مافيهما إذا قطعتا لتساويهما وان قطع أصبعاً من أحدهما وجب أرش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وان قطع ذو اليد التي لها طرفان يداً مفردة وجب القصاص فيها على قول ابن حامد ، لان هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة في اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا تقطع إحداهما لانا لا نعرف الأصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية فأما

ولنا عموم الاحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : الموضحة في الرأس والوجه سواء ولانها موضحة فكان ارشها خمساً من الابل كغيرها مما سلموه ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الكبيرة والصغيرة وما ذكره مالك لا يصح فان الموضحة في الصدر أكثر ضرراً وأقرب الى القلب ولا مقدر فيها ولان ماقاله مخالف لظاهر النص ، وقد روي عن أحمد أنه قال موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر انما معناه والله أعلم أنها أولى بإيجاب الدية فانها إذا وجبت في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الابل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى وحمل كلام أحمد على هذا أولى من من حمله على ما يخالف الخبر والاثر وقول أكثر أهل العلم بغير توقيف ولا قياس صحيح

(فصل) ويجب ارش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يشمل الجميع وحد الموضحة ما أفضى الى العظم ولو بقدر ابرة ذكره ابن القاسم والقاضي

(فصل) وليس في الموضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم امامنا ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر قال ابن عبد البر ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر ، على ذلك جماعة العلماء الا الليث بن سعد قال الموضحة تكون في الجسد أيضا وقال الاوزاعي

ان كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ماذكرناه في اليدين فان كانت احدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساويا للرجل الأخرى فهو الاصلي وان كان زائداً عنها والآخر مساو للرجل الأخرى فهو الأصلي وان كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيما فهما الأصليان وان لم يمكنه فقطعا وأمكنه المشي على القصيرين فهما الأصليان والآخران زائدان وان أشل الطويلتين ففيهما الدية ، لان الظاهر أنهما الاصليان فان قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرتين - بن أنهما الأصليان وان لم يمكنه فالطويلان هما الاصليان

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الثديين الدية سواء كان من رجل أو امرأة)

أما ثديا المرأة ففيهما ديتها ، لانعلم فيه بين أهل العلم خلافا وفي الواحد منهما نصف الدية قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وممن حفظنا ذلك عنه الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولان فيهما جمالا ومنفعة فأشبها اليدين والرجلين وفي أحدهما نصف الدية لان كل عضوين وجبت الدية فيهما وجب في أحدهما نصفها كاليدين وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما نص عليه أحمد

في جراحة الجسد : على النصف من جراحة الرأس ، وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً

ولنا أن اسم الموضحة انما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس وقول الخليفتين الراشدين الموضحة في الرأس والوجه سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه ولان الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم ايجاب ذلك في سائر البدن يفضي الى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الاوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لا نص فيه ولا يقتضيه القياس فيجب اطراحه

(مسئلة) (فان عمت الرأس ونزلت الى الوجه فهل هي موضحة أو موضحتان ؟ على وجهين)

إذا أوضحه في رأسه ومدها الى وجهه فعلى وجهين (أحدهما) هي موضحة واحدة لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة فصارا كالعضو الواحد (والثاني) هما موضحتان لانه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا ذكر شيخنا في الكتاب المشروح قال : إذا عمت الرأس ولم يذكره في كتابيه المغني والكافي أطلق القول فيما إذا كان بعضها في الرأس وبعضها في الوجه وإن لم تعم الرأس فيها الوجهان وهو الذي يقتضيه الدليل المذكور والله أعلم

(مسئلة) (وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة من الابل ارش موضحتين)

لانهما موضحتان فان خرق ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا موضحة واحدة فيجب ارش موضحة

رحمه الله وروى نحو هذا الشعبي والنخعي والشافعي وقال مالك والثوري ان ذهب اللبن وجبت ديتهما والا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة إذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية

ولنا أنه ذهب منهما ماتذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالاصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالاصابع في الكف وان قطع الثديين كلهما فليس فيهما إلا دية كما لو قطع الذكر كله وإن حصل مع قطعهما جائفة وجب فيهما ثلث الدية مع ديتها وان حصل جائفتان وجبت دية وثلثان وان ضربها فأشلها ففيهما الدية كما لو أشل يديه وان جنى عليهما فأذهب لبنهما من غير أن يشلها فقال أصحابنا فيهما حكومة وهذا قول أصحاب الشافعي ويحتمل أن تجب ديتهما لانه ذهب بنفعهما فأشبه مالو أشلهما وهذا ظاهر قول مالك والثوري وقتادة وان جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فان قالوا إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ماعلى من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه لان الاصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك وان جنى عليهما فنقص لبنهما أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما

(فصل) فاما ثديا الرجل وهما الثندوتان ففيهما الدية وبهذا قال اسحاق وحكي ذلك قولا للشافعي

فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز فان اندملتا ثم ازال الحاجز بينهما فعليه ارش ثلاث مواضح لانه استقر عليه ارش الاولتين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة وإن اندملت احداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الاخرى فعليه ارش موضحتين

(مسئلة) (فان خرقه أجنبي فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثاني ارش موضحة)

لان فعل احدهما لا ينبني على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وإن أزاله المجني عليه وجب على الاول ارش موضحتين لان ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره

(مسئلة) (فان اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجني عليه)

إذا قال الجاني أنا شققت ما بينهما وقال المجني عليه بل أنا أو أزالها آخر سواء كان القول قول المجني عليه لان سبب ارش موضحتين قد وجد والجاني يدعي زواله والمجني عليه ينكره فالقول قول المنكر لان الاصل معه . ومثله لو قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الابل فان قطع الرابعة عاد إلى عشرين فان اختلفا في قاطعها فالقول قول المجني عليه لما ذكرنا وهذا على مذهبنا لان عندنا أن جراح المرأة تساوي جراح الرجل الى الثلث فاذا زادت صارت الى النصف

(مسئلة) (وإن خرق ما بينهما في الباطن بأن قطع اللحم الذي بينهما وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان)

(أحدهما) يلزمه ارش موضحتين لانفصالهما في الظاهر

وقال النخعي ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر فيهما حكومة وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه ذهب بالجمال من غير منفعة فلم تجب الدية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء ، وقال الزهري في حلمة الرجل خمس من الابل ، وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية

ولنا أن ماوجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كاليدين ولأنه أذهب الجمال فوجبت الدية كالشعور الاربعة عند أبي حنيفة وكأذني الاصم وأنف الاخشم عند الجميع، ويفارق العين القائمة لانه ليس فيها جمال كامل ولانها عضو قد ذهب منه ماتجب فيه الدية فلم تكمل ديته كاليدين اذا شلتا بخلاف مسئلتنا

﴿مسئلة﴾ قال (وفي الاليتين الدية)

قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الأليتين الدية وفي كل واحدة منهما نصفها منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأصحاب الرأي ، ولانهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين والاليتان هما ماعلا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا إلى العظم الذي

(والثاني) ارش موضحة لانصالهما في الباطن، وإن جرحه جراحا واحدة أوضحه في طرفها وباقيها دون الموضحة ففيه ارش موضحتين لان ما بينهما ليس بموضحة

(مسئلة) (وإن شج جميع رأسه سمحاقا الا موضعاً منه أوضحه فعليه ارش موضحة)

إذا شجه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضهادون الموضحة لم يلزمه أكثر من ارش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك فلأن لايلزمه في الايضاح في البعض أكثر من ذلك أولى وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة ، وإن كانت منقلة وما دونها أو مأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا

﴿ مسئلة ﴾ (ثم الهاشمة وهي التي توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الابل)

سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على ان ارشها مقدرة بعشر من الابل روى ذلك قبيصة بن ذويب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قول الثوري وأصحاب الرأي الا انهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم الف درهم وكان الحسن لايوقت فيها شيئا ، وحكي عن مالك انه قال لا اعرف الهاشمة لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر والنظر يدل على قول الحسن اذلا سنة فيها ولا إجماع ولم ينقل عن النبي ﷺ فيها تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة

تحتها ، وفي ذهاب بعضهما بقدره لان ما وجبت الدية فيه وجب في بعضه بقدره فان جهل المقدار وجبت حكومة لانه نقص لم يعرف قدره

(فصل) وفي الصلب الدية اذا كسر فلم ينجبر لما روي في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي الصلب الدية » وعن سعيد بن المسيب أنه قال: مضت السنة أن في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ وممن قال بذلك زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهري ومالك، وقال القاضي وأصحاب الشافعي ليس في كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعه فتجب الدية لتلك المنفعة لانه عضو لم تذهب منفعته فلم تجب فيه دية كاملة كسائر الاعضاء

ولنا الخبر ولانه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت الدية فيه بمفرده كالانف ، وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ولا يجب أكثر من دية لانها منفعة تلزم كسر الصلب غالباً فأشبه مالو قطع رجليه ، وإن لم يذهب مشيه لكن ذهب جماعه ففيه الدية أيضاً . روي ذلك عن علي رضي الله عنه لانه نفع مقصود فأشبه ذهاب مشيه ، وان ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان في ظاهر كلام احمد رحمه الله في رواية ابنه عبد الله لانهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة فاذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر ، وعن احمد فيهما دية واحدة لانهما نفع عضو واحد فلم يجب فيها أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه وان جبر صلبه فعادت احدى المنفعتين دون الاخرى لم يجب الا دية الا أن تنقص الاخرى

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لا يعرف له مخالف في عصره ولانها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة

(فصل) والهاشمة في الوجه والرأس خاصة كما ذكرنا في الموضحة فان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الابل على ماذكرنا من التفصيل فى الموضحة وتتوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لانه لو كان جميعها هاشمة أجزأ ارشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب ارشها فلا ينتقض ذلك بما زاد من الارش في غيرها

(مسئلة) (فان ضربه بمثقل فهشمه من غير ان يوضحه ففيه حكومة ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف)

لان الارش المقدر وجب في هاشمة معها موضحة وفي الواجب فيها وجهان

(أحدهما) حكومة لانه كسر عظم لا جرح معه فأشبه كسر قصبة الانف (والثاني) فيها خمس من الابل لانه لو أوضح وهشم لوجب عشر خمس في الايضاح وخمس في الهشم فاذا وجد احدهما وجب خمس كالايضاح وحده

(فصل) فان أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن فهما

فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة أخرى فيكون فيه حكومة لذلك ، وإن ادعى ذهاب جماعه وقال رجلان من أهل الخبرة ان مثل هذه الجناية يذهب بالجماع فالقول قول المجنى عليه مع يمينه لانه لايتوصل إلى معرفة ذلك الا من جهته، وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام احمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى ، وفي قول القاضي ومذهب الشافعي يجب في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب وان أشل رجليه ففيهما دية أيضاً وان أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية وهذا يروى عن مجاهد . قل بعض أصحاب الشافعي هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لانه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعه أو كما لو قطع أنثييه أو رضهما ، ويحتمل أن لاتجب الدية كاملة لانه لم يذهب بالمنفعة كلها

﴿ مسألة ﴾ قال (وفي الذكر الدية)

أجمع أهل العلم على أن في الذكر الدية وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الذكر الدية» ولأنه عضو واحد فيه الجمال والمنفعة فكملت فيه الدية كالانف واللسان وفي شلله ديته لانه ذهب بنفعه أشبه مالو أشل لسانه، وتجب الدية في ذكر الصغير والكبير والشيخ والشاب، سواء قدر على الجماع أو لم يقدر . فأما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية لعموم الحديث ، ولانه غير

هاشمتان لان الهشم انما يكون تبعا للايضاح فاذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فانها ليست تبعا لغيرها فافترقا

(مسألة) (ثم المنقلة وهي التي توضح وتهشم وتنقل عظامها وفيها خمس عشرة من الابل)

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج الى نقل العظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من اهل العلم

حكاه ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي المنقلة خمس عشرة من الابل» وفي تفصيلها مافي تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى

(مسألة) (ثم المأمومة وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وتسمى ام الدماغ وتسمى المأمومة آمة)

قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون الآمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة الى ام الدماغ وهي جلدة فيها الدماغ تسمى ام الدماغ لانها تحوطه وتجمعه فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمة ومأمومة وارشها ثلث الدية في قول عامة اهل العلم الا مكحولا فانه قال ان كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ ففيها ثلثها

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم «وفي المأمومة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك وروي نحوه عن علي ولانها شجة فلم يختلف ارشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر

مأيوس من جماعه وهو عضو سليم في نفسه فكملت ديته كذكر الشيخ . وذكر القاضي فيه عن احمد روايتين

(احداها) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لاتكمل ديته وهو مذهب قتادة لان منفعته الانزال والاحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل ، وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ،واختلفت الرواية فى ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن المنذر للخبر ولان منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه(والثانية) لا تجب فيه وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقتادة واسحاق لماذكرنا فى ذكر العنين ولان المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم يكمل ديته كالاشل،والجماع يذهب في الغالب بدليل ان البهائم يذهب جماعها بخصائها،والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي ان الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصي واليأس من الانزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين ، فعلى قولنا لاتكمل الدية في ذكر الخصي ان قطع الذكر والانثيين دفعة واحدة أوقطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان فان قطع الانثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه الادية واحدة في الانثيين وفى الذكر حكومة لانه ذكر خصي قال القاضي ونص احمد على هذا وان قطع نصف الذكر بالطول ففيه نصف الدية ذكره اصحابنا والاولى أن تجب الدية كاملة لانه ذهب بمنفعة الجماع به فكملت ديته كما لو أشله أو كسر صابه فذهب جماعه

الشجاج ، ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد ففيها مافي المأمومة ، قال القاضي لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في ارشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب

(فصل) فان أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الاول ارش موضحة وعلى الثاني خمس تمام ارش الهاشمة وعلى الثالث خمس تمام ارش المنقلة وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام ارش المأمومة

(فصل) وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى باطن الجوف من بطن أو ظهر أوصدر اونحر وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة والكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي الا مكحولا قال فيها فى العمد ثلثا الدية

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم «وفى الجائفة ثلث الدية» وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ولانها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر ارشها بالعمد والخطا كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الاعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، وذكر ابن عبدالبر ان مالكا وأبا حنيفة والشافعي والبتي وأصحابهم اتفقوا على ان الجائفة لاتكون الا في الجوف وقال ابن القاسم الجائفة ماأفضى الى الجوف ولو بغرز ابرة

وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية وإن خرج البول من موضع القطع وجب الاكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك

﴿مسألة﴾ قال (وفي الانثيين الدية)

لانعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي البيضتين الدية» ولان فيهما الجمال والمنفعة فان النسل يكون بهما فكانت فيهما الدية كاليدين وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة ان في الصلب الدية وفي الانثيين الدية وفي احداهما نصف الدية في قول اكثر اهل العلم، وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى ثلثها لان نفع اليسرى أكثر لان النسل يكون بها

ولنا ان ماوجبت الدية في شيئين منه وجب في أحدهما نصفها كاليدين وسائر الاعضاء ولانهما ذوعدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالاصابع، وماذكروه ينتقض بالاصابع والأجفان تستوي دياتها مع اختلاف نفعها ثم يحتاج الى اثبات ذلك الذي ذكره، وان رض انثييه أو اشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره فان قطع انثييه فذهب نسله لم يجب اكثر من دية لان ذلك نفعهما فلم

(فصل) وان أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجاني ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير، وان خرق ما بينهما أجنبي أو المجني عليه فعلى الاول ثلثا الدية وعلى الاجنبي الثاني ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجني عليه، وان احتاج الى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولي المجنى عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلاشيء عليه في خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية

﴿مسئلة﴾ (وان خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر فهي جائفتان)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، وقتادة ومجاهد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر لاأعلمهم يختلفون في ذلك وحكي عن بعض أصحاب الشافعي انه قال هي جائفة واحدة وحكي أيضاً عن أبي حنيفة لان الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن الى الجوف وهذه الثانية انما نفذت من الباطن الى الظاهر

ولنا ماروى سعيد بن المسيب ان رجلا رمى رجلا بسهم فانفذه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بثلثي الدية ولامخالف له فيكون اجماعا أخرجه سعيد بن منصور في سننه وروي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان عمر رضي الله عنه قضى في الجائفة اذا نفذت الى الجوف بارش جائفتين ولانه انفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو انفذه بضربتين، وما ذكروه لايصح فان الاعتبار بوصول الجرح الى

تزدد الدية بذهابه منهما كالبصر مع ذهاب العينين والبطش مع ذهاب الرجلين، وان قطع احداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية لان ذهابه غير متحقق

(مسئلة) قال (وفي الرجلين الدية)

أجمع اهل العلم على ان في الرجلين الدية وفي إحداهما نصفها روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال قتادة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب الرأي وقدذكرنا الحديث والمعنى فيما تقدم وفي تفصيلها مثل ماذكرنا من التفصيل في اليدين سواء ومفصل الكعبين ههنا مثل مفصل الكوعين في اليدين

(فصل) وفي قدم الاعرج ويد الاعسم الدية لان العرج لمعنى في غير القدم والعسم الاعوجاج في الرسغ وليس ذلك عيبا فى قدم ولا كف فلم يمنع ذلك كمال الدية فيهما، وذكر أبو بكر أن في كل واحدة منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لان هذين لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء.

الجوف لا بكيفية ايصاله اذلا أثر لصورة لفعل مع التساوي في المعنى ولان ماذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وانما الغالب والعادة ووقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما ان العادة والغالب حصولها بالحديد ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ماذكروه بمالو ادخل يده في جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فانه يلزمه ارش جائفة بغير خلاف نعلمه ولذلك يخرج فيمن أوضح انسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهي موضحتان وان هشمه هاشمة لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ماأشبهه

(فصل) فان ادخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لان ذلك ليس بجوف

(مسئلة) (وان طعنه في خده فوصل الى فيه ففيه حكومة)

لان باطن الفم حكمه حكم الظاهر لاحكم الباطن ويحتمل ان تكون جائفة لانه جرح وصل الى جوف بجوف فأشبه مالو وصل الى البطن

(فصل) فان طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه فليس بجائفة لماذكرنا وقال الشافعي في احد قوليه هو جائفة لانه قد وصل الى جوف وقد ذكرنا ان باطن الفم في حكم الظاهر بخلاف الجوف، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة، وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كالو جرح في وجنته فانفذه الى فيه في الحكم والخلاف، وان جرحه في ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لانه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول اليه بخلاف غيره

(مسئلة) (وان جرحه في وركه فوصل الجرح الى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح الى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة وحكومة لجرح القفا والورك)

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي كل أصبع من اليدين والرجلين عشر من الابل وفي كل أنملة منها ثلث عقلها الا الابهام فانها مفصلان ففي كل مفصل منها خمس من الابل)

هذا قول عامة أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وبه قال مسروق وعروة ومكحول والشعبي وعبدالله بن معقل والثوري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وأصحاب الحديث ولا نعلم فيه مخالفاً إلا رواية عن عمر أنه قضى في الابهام بثلث غرة وفي التي تليها باثنتي عشرة وفي الوسطى بعشر وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروي عنه أنه لما أخبر بكتاب كتبه النبي ﷺ لآل حزم وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل أخذ به وترك قوله الاول وعن مجاهد في الابهام خمس عشرة وفي التي تليها ثلاث عشرة وفي التي تليها عشر وفي التي تليها ثمان وفي التي تليها سبع

ولنا ماروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الابل لكل أصبع أخرجه الترمذي وقال حديث صحيح رواه أبو داود عن أبي موسى عن النبي ﷺ وعن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « هذه وهذه سواء » يعني الابهام والخنصر أخرجه البخاري وأبو داود ، وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم « وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر

إذا جرحه في فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فاجافه فيه أو جرح الكتف ومد السكين حتى بلغ الصدر فاجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجرح لان الجرح في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة ، وان أوضحه فوصل إلى قفاه فعليه دية موضحة لانه أوضحه وعليه حكومة لجرح القفا كما لو انفرد

(مسئلة) (وان اجافه ووسع آخر الجرح فهما جائفتان وعلى كل واحد منهما ارش جائفة)

لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره لان فعل الانسان لا ينبني على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب باذنه أو اذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه

(مسئلة) (وان وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة) لان جنايته لم تبلغ الجائفة

(فصل) وان ادخل السكين في الجائفة ثم اخرجها عزر ولا شيء عليه وان خاطها فجاء آخر فقطع الخيط وأدخل السكين فيها قبل ان تلتحم عزر أشد من التعزير الذي قبله وغرم ثمن الخيوط واجر الخياط ولم يلزمه ارش جائفة لانه لم يجفه

(مسئلة) (وان التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة اخرى عليه ارشها)

لانه عاد إلى الصحة فصار كالذي لم يجرح وان التحم بعضها دون بعض ففتق ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا ، وان فتق غير ما التحم فليس عليه ارش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل

من الابل » ولانه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فكان سواء فى الدية كالأسنان والاجفان وسائر الاعضاء . ودية كل أصبع مقسومة على أناملها وفى كل أصبع ثلاث أنامل الا الابهام فانها أنملتان ففي كل أنملة من غير الابهام ثلث عقل الابهام ثلاثة أبعرة وثلث ، وفى كل أنملة من الابهام خمس من الابل نصف ديتها، وحكي عن مالك أنه قال الابهام أيضا ثلاث أنامل إحداها باطنة وليس هذا بصحيح فان الاعتبار بالظاهر فان قوله عليه السلام «فى كل أصبع عشر من الابل» يقتضي وجوب العشر فى الظاهر لانها هي الاصبع التي يقع عليها الاسم دون مابطن منها كما أن السن التى يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها ، والحكم فى أصابع اليدين والرجلين سواء لعموم الخبر فيها وحصول الاتفاق عليهما

(فصل) وفى الاصبع الزائدة حكومة وبذلك قال الثوري والشافعى وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت أن فيها ثلث دية الاصبع وذكر القاضى أنه قياس المذهب على رواية ايجاب الثلث فى اليد الشلاء والاول أصح لان التقدير لايصار اليه الا بالتوقيف أو بمماثلته لما فيه توقيف وليس ذلك ههنا لان اليد الشلاء يحصل بها الجمال والاصبع الزائدة لاجمال فيها فى الغالب ولان جمال اليد الشلاء لايكاد يختلف والاصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها فكيف يصح قياسها على اليد ؟

ان يلتحم منها شيء ، وان فتق بعض ما التحم في الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك

(فصل) ومن وطيء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ، ومعنى الفتق خرق ما بين مسلك البول والمني وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا ان هذا بعيد لانه يبعد ان يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فانه حاجز غليظ قوي . والكلام في ذلك فى أمرين (أحدهما) في أصل وجوب الضمان (والثاني) في قدره اما الاول فان الضمان انما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية

ولنا أنه وطء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح اذنه فلم يضمن ماتلف بسرايته كما لو اذنت في مداواتها بما يفضي إلى ذلك ، وكقطع السارق واستيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا . إذا ثبت هذا فانه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع ارش الجناية ويكون ارش الجناية في ماله ان كان عمداً محضاً وهو ان يعلم أنها لا تطيقه وان وطأه يفضيها ، فاما ان علم ذلك وكان مما يحتمل ان لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال ان العاقلة لاتحمل عمد الخطأ فيكون في ماله (الثاني) في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبه قال قتادة

﴿مسألة﴾ قال (وفي البطن اذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية وفي المثانة اذا لم يستمسك البول الدية)

وبهذا قال ابن جريج وأبو ثور وأبو حنيفة ولم أعلم فيه مخالفاً إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى فيها ثلث الدية والصحيح الاول لان كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحدة منهما الدية كالسمع والبصر وان فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجنايه واحدة .

﴿مسألة﴾ قال (وفي ذهاب العقل الدية)

لا نعلم في هذا خلافا وقد روي عن عمر وزيد رضي الله عنهما واليه ذهب من بلغنا قوله من الفقهاء وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم « وفي العقل الدية » ولأنه أكبر المعاني قدراً وأعظم الحواس نفعاً فان به يتميز من البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي مايضره ويدخل به في التكاليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات فكان بايجاب الدية

وأبو حنيفة وقال الشافعي تجب الدية كاملة وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز لانه اتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع اسكتيها

ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولان هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم انها تمنع الوطء وأما قطع الاسكتين فانما اوجب الدية لانه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فاشبه الشفتين

(فصل) فان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي تجب دية وحكومة لانه فوت منفعتين فلزمه ارشهما كما لو فوت كلامه وذوقه

ولنا أنه اتلاف عضو واحد لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وماقاله لايصح لانه لو أوجب دية المنفعتين لاوجب ديتين لان استطلاق البول موجب لدية والافضاء عنده موجب للدية منفرداً ولم يقل به وإنما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فانا لا نعلم احداً اوجب في الافضاء حكومة فان اندمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ماحصل من النقص

أحق من بقية الحواس فان نقص عقله نقصاً معلوما مثل ان صار يجن يوما ويفيق يوما فعليه من الدية بقدر ذلك لان ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه بقدره كالاصابع وان لم يعلم مثل ان صار مدهوشاً أو يفزع مما لايفزع منه ويستوحش إذا خلا فهذا لايمكن تقديره فتجب فيه حكومة

(فصل) فان أذهب عقله بجناية لاتوجب أرشاً كاللطمة والتخويف ونحو ذلك ففيه الدية لاغير وان أذهبه بجناية توجب أرشا كالجراح أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد، وقال ابو حنيفة والشافعي في القديم يدخل الاقل منهما في الاكثر فان كانت الدية أكثر من ارش الجرح وجبت وحدها، وإن كان ارش الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لان ذهاب العقل تختل معه منافع الاعضاء فدخل ارشها فيه كالموت

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل الارشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه فذهب سمعه أو شمه لم يدخل ارشهما في دية الانف والاذن مع قربهما منهما فههنا أولى وما ذكروه لايصح لانه لو دخل ارش الجرح في دية العقل لم يجب ارشه اذا زاد على دية العقل كما أن دية الاعضاء كلها مع القتل لايجب بها أكثر من دية النفس ولا يصح قولهم إن منافع الاعضاء تبطل بذهاب العقل فان المجنون تضمن منافعه وأعضاؤه

(فصل) وان اكره امرأة على الزنا فافضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لانه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ماتلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه ارش البكارة مع ذلك؟ فيه روايتان (إحداهما) لايلزمه لان ارش البكارة داخل في مهر المثل فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو ارش عوض البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجة (والثانية) يضمنه لانه محل اتلفه بعدوانه فلزمه ارشه كما لو اتلفه باصبعه فاما المطاوعة على الزنا اذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها وقال الشافعي يضمن لان المأذون فيه الوطء دون الفتق فاشبه مالو قطع يدها

ولنا أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كارش بكارتها ومهر مثلها وكما لو اذنت في قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها وفارق ما إذا اذنت في وطئها فقطع يدها لان ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته.

(فصل) وان وطىء امرأة بشبهة فافضاها فعليه ارش إفضائها مع مهر مثلها لان الفعل انما اذن فيه اعتقاداً أن المستوفي له هو المستحق فاذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما اتلف كما لو اذن في اخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب لها أكثر الامرين من مهر مثلها أو ارش افضائها لان الارش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا

بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه ، ولو ذهبت منافعه وأعضاؤه لم تضمن كما لاتضمن منافع الميت وأعضاؤه واذا جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محالها

(فصل) فان جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع ارش الجرح قال ابو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حي ولأنه أذهب منافع في كل واحدة منها دية فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات فان مات من الجناية لم يجب الا دية واحدة لان ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الاعضاء

(مسئلة) قال (وفي الصعر الدية والصعر أن يضربه فيصير وجهه في جانب)

أصل الصعر داء يأخذ البعير في عنقه فيلتوي عنقه وقول الله تعالى (ولا تصعر خدك للناس) أي لاتعرض عنهم بوجهك تكبرا كامالة وجه البعير الذي به الصعر فمن جنى على انسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه دية كاملة روي ذلك عن زيد بن ثابت وقال الشافعي ليس فيه الا حكومة لانه اذهاب جمال من غير منفعة

ولنا ماروى مكحول عن زيد بن ثابت أنه قال : وفي الصعر الدية ولم يعرف له في الصحابة

ولنا ان هذه جناية تنفك عن الوطء فلم يدخل بدلها فيها كما لو كسر صدرها وماذكروه غير صحيح فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والارش يجب لاتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه

(فصل) وان استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع افضائهما فعليه ديتها والمهر وقال أبو حنيفة في الموطوءة بشبهة لايجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك

(فصل) وفي الضلع بعير وفي الترقوتين بعيران روى سعيد عن مطر عن قتادة عن سليمان بن عمر وسفيان بن زيد بن اسلم عن اسلم عن عمر في الضلع جمل والترقوة جمل وقال الخرقي في الترقوة بعيران فظاهر قوله ان في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة ابعرة وهذا قول زيد بن ثابت والترقوة العظم المستدير حول العنق من النحر الى الكتف ولكل واحد ترقوتان وقال القاضي المراد بقول الخرقي الترقوتان معا وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الالف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير وهذا قول عمر رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة وإسحاق وهو قول للشافعي والمشهور من قوله عند أصحابه ان في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر لانه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه ارش مقدر كسائر اعضاء البدن ولان التقدير انما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس في هذا توقيف ولا قياس وروي عن الشعبي ان في الترقوة اربعين دينارا وقال عمرو بن

مخالف فكان اجماعا ولانه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية كاملة كسائر المنافع ، وقولهم لم يذهب بمنفعته غير صحيح فانه لايقدر على النظر أمامه واتقاء مايحذره اذا مشى واذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليعرف مايريده نظره ويتعرف ماينفعه ويضره

(فصل) فان جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقا أو ابتلاع الماء أو غيره ففيه حكومة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها وان صار بحيث لايمكنه ازدراد ريقه فهذا لايكاد يبقى فان بقي مع ذلك ففيه الدية لانه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن

« مسئلة » قال (وفي اليد الشلاء ثلث ديتها وكذلك العين القائمة والسن السوداء)

اليد الشلاء التي ذهب منها منفعة البطش والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة واختلفت الرواية عن احمد فيها وفي السن السوداء فعنه في كل واحدة ثلث ديتها وروي هـذا عن ابن الخطاب ومجاهد وبه قال اسحاق ، وعن زيد بن ثابت في العين القائمة مائة دينار . والرواية الثالثة عن احمد في كل واحدة حكومة وهذا قول مسروق الزهري ومالك والشافعي وأبي ثور والنعمان وابن المنذر لانه لايمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة فيها كاليد الزائدة

شعيب في الترقوتين الدية وفي إحداها نصفها لانها عضوان ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكانت فيهما الدية كاليدين

ولنا قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فانها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم إنها لا تختص بجمال ومنفعة فان جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه وأما قول عمرو بن شعيب فخالف للاجماع فانا لا نعلم احدا قبله ولا بعده وافقه فيه

﴿مسئلة﴾ (وفي كل واحد من الذراع والزند والعضد والساق بعيران)

قال القاضي في الزند أربعة أبعرة لان فيها أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة لما تقدم

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم أنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر في احد الزندين إذا كسر فكتب اليه عمر إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الابل ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان اجماعا

(فصل) ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر قول الخرقي وهو قول أكثر أهل العلم وقال القاضي في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة وفي الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة أبعرة فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداها لا مقدر فيه

ولنا ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله ﷺ في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية ، وفي اليد الشلاء اذا قطعت ثلث ديتها ، وفي السن السوداء اذا قلعت ثلث ديتها . رواه النسائي وأخرجه ابو داود في العين وحدها مختصراً وقول عمر رضي الله عنه رواه قتادة عن خلاس عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس أن عمر بن الخطاب قضى في العين القائمة اذا خسفت واليد الشلاء اذا قطعت والسن السوداء اذا كسرت ثلث دية كل واحدة منهن ولانها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة ، وقولهم لايمكن إيجاب مقدر ممنوع فانا قد ذكرنا التقدير وبيناه

(فصل) قال القاضي قول أحمد رحمه الله في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لايمكنه أن يعض بها الاشياء أو كانت تفتت فاما إن كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها الا لونها ففيها كال ديتها سواء قات منفعتها بان عجز عن عض الاشياء الصلبة بها أو لم يعجز لانها باقية المنفعة فكملت ديتها كسائر الاعضاء وليس على من سودها الا حكومة وهذا مذهب الشافعي والصحيح من مذهب أحمد مايوافق ظاهر كلامه لظاهر الاخبار وقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقول أكثر أهل العلم ولانه ذهب جمالها بتسويدها فكملت ديتها على من سودها كما لو سود وجهه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت ونبت مكانها سوداء لمرض فيها فان القاضي وأصحاب الشافعي سلموا أنها لاتكمل ديتها

وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي في كل واحد من الذراع والعضد بعيران وزاد أبو الخطاب عظم القدم لما روى سليمان بن يسار أن عمر قضى في الذراع والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير وإن كان فيها دحور فبحساب ذلك وهذا الخبر ان صح فهو مخالف لما ذهبوا اليه فلا يصلح دليلا عليه قال شيخنا : والصحيح ان شاء الله أنه لا تقدير في غير الخمس الضلع والترقوتين والزندين لان التقدير انما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها وانما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففي ما عداه يبقى على مقتضى الدليل

﴿مسئلة﴾ (وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب والعصعص ففيه الحكومة) ولا نعلم فيها مخالفا ، وإن خالف فيها أحد فهو قول شاذ لا يستند الى دليل يعتمد عليه ولا يصار اليه وخرزة الصلب ان أريد بها كسر الصلب ففيه الدية وقال القاضي فيه حكومة وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه

﴿ مسئلة ﴾ (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فان كان قيمته وهو صحيح عشرون وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر ديته)

(فصل) فان نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء فديتها تامة لان هذا جنس خلق على هذه الصورة فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعا وإن نبتت أولا بيضاء ثم ثغر ثم عادت سوداء سئل أهل الخبرة فان قالوا ليس السواد لعلة ولا مرض ففيها أيضا كمال ديتها ، وان قالوا ذلك لمرض فيها فعلى قالعها ثلث ديتها أوحكومة وقد سلم القاضي وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ، ويحتمل أن يكون الحكم فيما كانت سوداء من ابتداء الخلقة هكذا لان المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في بعض ديتها كما لو كان طارئا .

(فصل) وفي لسان الاخرس روايتان أيضا كالروايتين في اليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والاصبع والذكر إذا كان أشلا وذكر الخصي والعنين إذا قلنا : لا تكمل ديتهما وأشباه هذا فكله يخرج على الروايتين (إحداهما) فيه ثلث ديته والاخرى حكومة

(فصل) فاما اليد أو الرجل أو الاصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة ، وقال القاضي هذا في معنى اليد الشلاء فتكون على قياسها يخرج على الروايتين والذي ذكرناه أصح لأنه لاتقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله لان هذه الزوائد لاجمال فيها انما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص به القيمة فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لوحصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذي

وهذا الذي ذكره في تفسير الحكومة قول أهل العلم لا نعلم بينهم فيه خلافا، وبه قال الشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وغيرهم ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجرح لوكان عبداً لم يجرح هذا الجرح ؟ فاذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وان قالوا تسعون فعشر الدية وان زاد أو نقص فعلى هذا المثال وانما كان كذلك لان جملته مضمونة بالدية فاجزاؤه مضمونة منها كما أن المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن كان ارش عيبه مقدرا من الثمن فيقال كم قيمته لا عيب فيه؟ فاذا قالوا عشرة فيقال كم قيمته وفيه العيب ؟ فاذا قيل تسعة علم أنه نقص عشر قيمته فيجب أن يرد من الثمن عشره أي قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لاموقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت في المشهور من المذهب .

(مسئلة) الا أن يكون في شيء فيه مقدر فلا يبلغ به ارش المقدر فان كانت في الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها ارش الموضحة فلو جرحه في وجهه سمحاقا فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الابل ودية الموضحة خمس)

يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافا كثيراً فوجبت فيه الحكومة ويحتمل أن لا يجب فيه شيء لما ذكرنا.

(فصل) واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه فروى أبو طالب عن أحمد فيه ثلث ديته وكذلك شحمة الاذن وعن احمد في ذلك كله حكومة والصحيح في هذا أن فيه حكومة لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على مافيه تقدير لان الاشل بقيت صورته وهذا لم تبق صورته انما بقي بعض مافيه الدية أو اصل مافيه الديه فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي أن تجب الحكومة فيه وجهاً واحداً لان ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحداً مع تفاوتهما وعدم النص فيهما والله أعلم

« مسألة » قال (وفي إسكتي المرأة الدية)

الاسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبيه احاطة الشفتين بالفم وأهل اللغة يقولون الشفران حاشيتا الاسكتين كما أن اشفار العين أهدابها وفيهما دية المرأة إذا قطعا، وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على جماعها وقضى به محمد بن سفيان اذا بلغ العظم لان فيهما جمالا ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسه فوجبت فيهما الدية كسائر مافيه منه شيئان وفي إحداهما نصف

فههنا يعلم غلط المقوم لان الجراحة لو كانت موضحة لم يزد على خمس مع أنها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس أولى وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن مالك أنه يجب ما تخرجه الحكومة كائنا ما كان لانها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن

ولنا أنها بعض الموضحة لانه لو أوضحه لقطع ما قطعته هذه الجراحة ولا يجوز أن يجب في بعض الشيء أكثر مما يجب فيه ولان الضرر في الموضحة أكبر والشين أعظم والمحل واحد فاذا لم يزد ارش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على أن لا يزاد ما دونها عليها وأما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته مثاله جرح أنملة فبلغ ارشها بالحكومة خمسا من الابل فانه يرد الى دية الانملة وان كان في أصبع فبلغ ما زاد على العشر بالحكومة رد الى العشر وان جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على ارش الجائفة وما لم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة لان المحل مختلف فان قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه قلنا انما وجبت دية النفس دية عن الروح وليست الاطراف بعضها بخلاف مسئلتنا هذا ذكره القاضي ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله الا أن تكون الجناية في وجه أو رأس فلا يجاوز به ارش الموقت

الدية كما ذكرنا في غيرهما وان جنى عليها فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفتيه فأشلهما ولا فرق بين كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر او ثيب أو صغيرة أو كبيرة مخفوضة أو أو غير مخفوضة لانهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيهما جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها ، لان الرتق عيب في غيرهما فلم ينقص ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الاذنين والخفض هو الختان في حق المرأة .

(فصل) وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك في عانة الرجل لانه لامقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه فان أخذ منه شيء مع فرج المرأة أو ذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو اخذ مع الأنف والشفتين شيء من اللحم الذي حولهما .

« مسئلة » قال (وفي موضحة الحر خمس من الابل سواء كان من رجل أو امرأة والموضحة في الرأس والوجه سواء وهو التي تبرز العظم)

هذه من شجاج الرأس او الوجه وليس في الشجاج مافيه قصاص سواها ولا يجب المقدر في اقل منها وهي التي تصل إلى العظم سميت موضحة لانها ابدت وضح العظم وهو بياضه وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم «وفي الموضحة خمس من الابل» رواه

(فصل) إذا خرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر ارش الموضحة أو زيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب ارش الموضحة وقال القاضي يجب أن ينقص عنها شيئا على حسب ما يؤدي اليه الاجتهاد وهذا مذهب الشافعي وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي والمقنع لئلا يجب في بعضها ما يجب في جميعها ووجه قول الخرقي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة وإنما سقط الزائد على ارش الموضحة لمخالفته النص أو تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الاصل ولان ما ثبت بالتنبيه يجوز ان يساوي المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كما أنه لما نص على وجوب فدية الاذى في حق المعذور لم يلزم زيادتها في حق من لا عذر له ولا يمتنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل بدليل وجوب دية الاصابع مثل دية اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه فان قيل هذا وجب بالتقدير الشرعي لا بالتقويم قلنا إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه والاجتهاد المؤدي اليه وفي الجملة فالحكومة دليل على ترك العمل بها في الزائد لمعنى مقصود في المساوي فيجب العمل بها لعدم المعارض ثم وان صح ما ذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ما تزول به المساواة المحدودة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له

(فصل) ولا يكون التقويم الا بعد برء الجرح لان ارش الجرح المقدر انما يستقر بعد برئه

(مسئلة) فان كانت الجراحة مما لا تنقص شيئا بعد الاندمال مثل أن قطع أصبعاً زائدة أو يداً أو

ابو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن ، وقول الخرقي في موضحة الحر يحترز به من موضحة العبد وقوله سواء كان من رجل أو امرأة يعني انهما لا يختلفان في ارش الموضحة لانها دون ثلث الدية وهما يستويان فيما دون الثلث ويختلفان فيما زاد، وعند الشافعي ان موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل بناء على ان جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في الكثير والقليل وسنذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى. وعموم الحديث الذي رويناه ههنا حجة عليه وفيه كفاية واكثر اهل العلم على ان الموضحة في الراس والوجه سواء روي ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما وبه قال شريح ومكحول والشعبي والنخعي والزهري وربيعة وعبيد الله بن الحسن وابو حنيفة والشافعي واسحاق وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال تضعف موضحة الوجه على موضحة الراس فيجب في موضحة الوجه عشر من الابل ، لان شينها اكثر وذكره القاضي رواية عن احمد وموضحة الراس يسترها الشعر والعمامة وقال مالك اذا كانت في الانف او في اللحي الاسفل ففيها حكومة لانها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن .

ولنا عموم الاحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما الموضحة في الراس والوجه سواء ولانها موضحة فكان ارشها خمسا من الابل كغيرها مما سلموه ، ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة وما ذكروه لمالك لا يصح فان الموضحة في الصدر اكثر ضرراً واقرب الى القلب ولا مقدر فيها وقد روي عن احمد رحمه الله انه قل موضحة الوجه احرى ان يزاد في ديتها وليس معنى هذا انه يجب فيها اكثر والله اعلم انما معناه انها اولى بايجاب الدية فانه اذا وجب في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الابل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى ، وحمل كلام أحمد على هذا أولى من

قطع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنا فالجاني محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا أو بط خراجا ويحتمل أن يضمن قال القاضي نص أحمد على هذا لان هذا جزء من مضمون فلم يعر عن ضمان كما لو أتلف مقدر الارش فزاد به جمالا أو لم ينقصه شيئا ، فعلى هذا يقوم في أقرب الاحوال الى البرء لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الاحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن قوم عند الوضع لانه أقرب الاحوال التي أمكن تقويمه إلى كونه في البطن

(مسئلة) (فان لم ينقص في تلك الحال قوم حال جريان الدم)

لانه لا بد من نقص للخوف عليه ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال تنقصه ذهاب لحيته وإن أتلف سنا زائدة قوم وليست له سن زائدة ولا خلفها أصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة فان كانت المرأة اذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب

حمله على ما يخالف الخبر والاثر وقول أكثر أهل العلم، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف ولا قياس صحيح

(فصل) ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لان اسم الموضحة يشمل الجميع ، وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر ابرة ذكره ابن القاسم والقاضي فإن شجه في رأسه شجة بعضها موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر من أرش موضحة لانه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ارش موضحة فلأن لا يلزمه في الايضاح في البعض أكثر من ذلك اولى، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من ارش هاشمة وان كانت منقلة وما دونها او مأمومة وما دونها فعليه ارش منقلة او مأمومة لما ذكرنا .

(فصل وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر اهل العلم منهم امامنا ومالك والثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر ، قال ابن عبدالبر ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر قال على ذلك جماعة العلماء الا الليث بن سعد قال الموضحة تكون في الجسد أيضاً ، وقال الاوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون ديناراً

ولنا أن اسم الموضحة انما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس ، وقول الخليفتين الراشدين الموضحة في الوجه والرأس سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه ، ولان الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الاوزاعي وعطاء الخراساني فتحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه فيجب اطراحه

(فصل) وإن أوضحه في رأسه وجر السكين الى قفاه فعليه ارش موضحة وحكومة لجرح القفا لان القفا ليس بموقع الموضحة وان أوضحه في رأسه ومدها إلى وجهه فعلى وجهين

لحيتها يسيرا وان قدرناها ابن أربعين نقصها كثيرا قدرناها ابن عشرين لانه أقرب الاحوال الى حال المجني عليه فأشبه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فاننا نقومه في أقرب أحوال النقص الى حال الاندمال والاول أصح ان شاء الله تعالى فان هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فاصفر وجهه حالة اللطمة أو احمر ثم زال وتقدير المرأة رجلا لا يصح لان اللحية زين للرجل وعيب في المرأة وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة يكره لا يجوز فان الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فانما يوجب ادنى ما يمكن ايجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره

(فصل) فان لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان لانه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه

(أحدهما) أنها موضحة واحدة لان الوجه والرأس سواء في الموضحة فصار كالعضو الواحد

(والثاني) هما موضحتان لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا

(فصل) وان أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز فعليه ارش موضحتين لانهما موضحتان فان أزال الحاجز الذي بينهما وجب ارش موضحة واحدة لانه صار الجميع بفعله موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما، وان اندملتا ثم أزال الحاجز بينهما فعليه ارش ثلاث مواضح لأنه استقر عليه ارش الاوليين بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة، وإن تآكل مابينهما قبل اندمالهما فزال لم يلزمه أكثر من ارش واحدة لان سراية فعله كفعله وان اندملت احداهما وزال الحاجز بفعله أو سراية الاخرى فعليه ارش موضحتين، وان أزال الحاجز أجنبي فعلى الاول ارش موضحتين وعلى الثاني ارش موضحة لان فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته وان أزاله المجني عليه وجب على الاول ارش موضحتين لان ماوجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره، فان اختلفا فقال الجاني أنا شققت مابينهما وقال المجني عليه بل أنا أو أزالها آخر سواك فالقول قول المجني عليه لان سبب ارش موضحتين قد وجد والجاني يدعي زواله والمجني عليه ينكره والقول قول المنكر والاصل معه، وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان

﴿ باب العاقلة وما تحمله ﴾

(عاقلة الانسان عصباته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء إلا عمودي نسبه آباؤه وأبناؤه وعنه أنهم من العاقلة أيضاً)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في العاقلة فروي عنه أنهم جميع العصبات من النسب والولاء يدخل فيهم الآباء والابناء والاخوة وسائر العصبات من العمومة وأبنائهم اختاره أبو بكر والشريف أبو جعفر، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قضى رسول الله ﷺ ان عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا الا ما فضل عن ورثتها وان قتلت فعقلها بين ورثتها، رواه أبو داود ولانهم عصبة فاشبهوا سائر العصبات، يحققه ان العقل موضوع على التناصر وهم من أهله ولان العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الاقرب فالاقرب وأبناؤه وآباؤه أحق العصبات بميراثه فكانوا اولى بتحمل عقله، وفيه رواية ثانية ان الآباء والابناء ليسوا من العاقلة وهو قول الشافعي لما روى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم متفق عليه وفي رواية ثم ماتت القاتلة فجعل رسول الله ﷺ ميراثها لبنيها والعقل

(أحدهما) يلزمه ارش موضحتين لانفصالهما في الظاهر (والثاني) ارش موضحة لاتصالهما في الباطن ، وان جرحه جراحا واحدة وأوضحه في طرفيها وباقيها دون الموضحة ففيه ارش موضحتين لان ما بينهما ليس بموضحة

(مسئلة) قال (وفي الهاشمة عشر من الابل وهي التي توضح العظم وتهشمه)

الهاشمة هي التي تتجاوز الموضحة فتهشم العظم سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن ارشها مقدر بعشر من الابل روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت ، وبه قال قتادة والشافعي والعنبري ونحوه قال الثوري وأصحاب الرأي الا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئاً ، وحكي عن مالك انه قال لا أعرف الهاشمة لكن في الايضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر النظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا اجماع ،ولأنه لم ينقل فيها عن النبي ﷺ تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر انه توقيف ولانه لم نعرف له مخالفاً في عصره فكان اجماعا ولانها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة

على العصبة وفي رواية عن جابر بن عبدالله قال فجعل رسول الله ﷺ دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال فقالت عاقلة المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله ﷺ « ميراثها لزوجها وولدها » رواه أبو داود. إذا ثبت هذا في الاولاد قسنا عليه الوالد لانه في معناه ولان مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهم له ولا شهادته لهم ووجب على كل واحد منهم الانفاق على الآخر إذا كان محتاجا والآخر موسراً فلا يجب في ماله دية كما لم تجب في مال القاتل وفيه رواية ثالثة ان الاخوة ليسوا من العاقلة كالوالد والولد وهي ظاهر كلام الخرقي ،وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال ولا نعلم عن غيرهم خلافهم

(فصل) فان كان الولد ابن ابن عم أو كان الوالد والولد مولى أو عصبة مولى فانه يعقل في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي وقال أصحاب الشافعي لا يعقل لانه والد وولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك

ولنا أنه ابن ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولداً وذلك لان هذه القرابة أو الولاء سبب يستقل بالحكم منفرداً فاذا وجد مع ما لا يثبت الحكم اثبته كما لو وجد مع الرحم المجرد ولانه يثبت حكمه في القرابة الاخرى بدليل انه يلي نكاحها مع ان الابن لا يلي النكاح عندهم

(فصل) وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته وبهذا قال عمر ابن عبدالعزيز والنخعي وحماد ومالك والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لانهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم فيدخلون في العقل كالقريب، ولا يعتبر ان يكونوا وارثين في الحال بل

(فصل) والهاشمة في الرأس والوجه خاصة على ماذكرنا في الموضحة وان هشمه هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الابل على ماذكرنا في الموضحة من التفصيل، وتستوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة، وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب ارش الهاشمة لانه لو كان جميعها هاشمة اجزأ ارشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب ارشها فلا ينقص ذلك بما اذا زاد من الارش في غيرها، وإن ضرب رأسه فهشم العظم ولم يوضحه لم تجب دية الهاشمة بغير خلاف لان الارش المقدر وجب في هاشمة يكون معها موضحة وفي الواجب فيها وجهان (أحدهما) فيها خمس من الابل لانه لو أوضح وكسر لوجبت عشر: خمس في الايضاح وخمس في الكسر فاذا وجد الكسر دون الايضاح وجب خمس (والثاني) تجب حكومة لأنه كسر عظم لاجرح معه فأشبه كسر قصبة الانف

(فصل) فان أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن فهما هاشمتان لان الهشم انما يكون تبعاً للايضاح فاذا كانتا موضحتين كان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فانها ليست تبعاً لغيرها فافترقا .

﴿مسئلة﴾ قال (وفي المنقلة خمس عشرة من الابل وهي التي توضح وتهشم وتسطو حتى تنقل عظامها)

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي التي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج إلى نقل العظم

متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لان النبي ﷺ قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا مافضل عن ورثتها ولان الموالي من العصبات فاشبهوا المناسبين

(فصل) العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية سميت عاقلة لانها تعقل لسان ولي المقتول وقيل أنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والمنع العقل ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لانه يمنع من الاقدام من المضار، ولاخلاف بين أهل العلم في ان العاقلة العصبات وان غيرهم من الاخوة من الام وسائر ذوي الارحام والزوج وكل من عدا العصبات ليسوا من العاقلة ولا يعقل المولى من أسفل وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك وقال الشافعي في أحد قوليه يعقل لانهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالآخرين

ولنا انه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي وما ذكروه يبطل بالذكر مع الانثى والصغير مع الكبير والعاقل مع المجنون

(فصل) ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف وهو الرجل يحالف آخر على ان يتناصرا على دفع الظلم ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لاعشيرة له ينضم إلى العشيرة فيعد نفسه منهم وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يعقل مولى الموالاة ويرث وقال مالك اذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين هو معهم

ليلتئم وفيها خمس عشرة من الابل باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر وفي كتاب النبي ﷺ لعمرو ابن حزم «وفي المنقلة خمس عشرة من الابل» وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على مامضى

(مسئلة) قال (وفي المأمومة ثلث الدية وهى التي تصل الى جلدة الدماغ وفي الآمة مثل مافي المأمومة)

المأمومة والآمة شيء واحد ، قال ابن عبد البر أهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة وهى الجراحة الواصلة الى أم الدماغ سميت أم الدماغ لانها تحوطه وتجمعه فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمة ومأمومة يقال ام الرجل آمة ومأمومة وارشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم الا مكحولا فانه قال إن كانت عمداً ففيها ثلثا الدية وان كانت خطأ ففيها ثلثها

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم وفي المأمومة ثلث الدية . وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ، وروي نحوه عن علي ولانها شجة فلم يختلف ارشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج

(فصل) وإن خرق جلدة الدماغ فهي الدامغة وفيها مافي المأمومة قال القاضي لم يذكر أصحابنا

ولنا أنه معنى يتعلق بالتعصيب فلا يستحق بذلك كولاية النكاح

(فصل) ولامدخل لاهل الديوان في العاقلة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يتحملون جميع الدية فان عدموا فالاقارب حينئذ يعقلون لان عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الاعطية إلى ثلاث سنين

ولنا ان النبي ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة ولانه معنى لايستحق به الميراث فلم يحمل به العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي ﷺ اولى من قضاء عمر على أنه ان صح ما ذكر عنه فيحتمل انهم كانوا عشيرة القاتل

(مسئلة) (وليس على فقير ولاصبي ولا زائل العقل ولا امرأة ولاخنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء من الدية وعنه ان الفقير يحمل من العقل)

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة واجمعوا على ان الفقير لايلزمه شيء وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل، وعن أحمد مثل ذلك وحكاها أبو الخطاب لانه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني، والصحيح الاول لان تحمل العقل مواساة فلا تلزم الفقير

الدامغة لمساواتها المأمومة في ارشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لايسلم صاحبها في الغالب

(فصل) فان أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الاول ارش موضحته وعلى الثاني خمس تمام ارش الهاشمة ، وعلى الثالث خمس تمام ارش المنقلة ، وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام ارش المأمومة

﴿ مسئلة ﴾ قال (وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى الجوف)

وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي الا مكحولا قال فيها في العمد ثلثا الدية

ولنا قول النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم « وفى الجائفة ثلث الدية » وعن ابن عمر عن النبي ﷺ مثل ذلك ، ولانها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر ارشها بالعمد والخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الاعضاء وكسر العظام مقدراً غير الجائفة ، والجائفة ماوصل الى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره

كالزكاة ولانها وجبت على العاقلة تخفيفا على القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لاجناية منه وفي ايجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له مالا يقدر عليه ولانا أجمعنا على أنه لايكلف أحد من العاقلة مايثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئاً منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أولا يكون له شيء اصلا، واما الصبي والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لان فيها معنى التناصر وليس هم من أهل النصرة وكذلك المخالف في الدين ليس هو من أهل النصرة أيضاً

(مسئلة) (ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر)

وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك يختص به الحاضر لان التحمل بالنصرة وانما هي من الحاضرين ولان في قسمه على الجميع مشقة وعن الشافعي كالمذهبين

ولنا الخبر وانهم استووا في التعصيب والارث فاستووا في تحمل العقل كالحاضرين ولانه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث والولاية

(فصل) ويعقل المريض اذا لم يبلغ حد الزمانة، والشيخ اذا لم يبلغ حد الهرم لانهما من أهل النصرة والمواساة، وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان (أحدهما) لا يعقلان لانهما ليسا من أهل النصرة ولهذا لايجب عليهما الجهاد ولا يقتلان اذا كانا من اهل الحرب، وكذلك يخرج في الاعمى لانه مثلهما في هذا المعنى (والثاني) يعقلون لانهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا منتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي كمذهبنا

وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي والبتي وأصحابهم اتفقوا على ان الجائفة لاتكون الا في الجوف ، قال ابن القاسم الجائفة ماأفضى الى الجوف ولو بمغرز ابرة ، فأما ان خرق شدقه فوصل الى باطن الفم فليس بجائفة لان داخل الفم حكمه حكم الظاهر لاحكم الباطن وإن طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل إلى فيه فليس بجائفة لما ذكرنا

وقال الشافعي في أحد قوليه هو جائفة لانه قد وصل إلى جوف وهذا ينتقض بما اذا خرق شدقه، فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة ، وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كما لو جرحه في وجنته فأنفذه إلى فيه في الحكم والخلاف، وان جرحه في ذكره فوصل إلى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول اليه بخلاف غيره

(فصل) وان أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وان خرق الجاني مابينهما أوذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لاغير ، وإن خرق مابينهما أجنبي أو المجنى عليه فعلى الاول ثلثا الدية وعلى الاجنبي الثاني ثلثها ويسقط ماقابل فعل المجني عليه ، وإن احتاج إلى خرق مابينهما للمداواة فخرقها المجنى عليه او غيره بأمره او خرقها ولي المجنى عليه لذلك او الطبيب بامره فلاشيء في خرق الحاجز وعلى الاول ثلثا الدية ، وان أجافه رجل فوسعها آخر فعلى كل واحد منهما أرش جائفة لان فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى فعل غيره لان فعل الانسان

(مسألة) (وخطأ الامام والحاكم في احكامه في بيت المال وعنه على عاقلته)

لان خطأه يكثر في احكامه فايجاب مايجب به على عاقلته يجحف بهم، وبه قال الاوزاعي والثوري وأبو حنيفة واسحاق ولان الامام والحاكم نائب عن الله تعالى في أحكامه وأفعاله فكان ارش جنايته في مال الله سبحانه وللشافعي قولان كالروايتين وفيه رواية أخرى انه يجب على عاقلته لما روي ان عمر رضي الله عنه بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت ياويلها مالها ولعمر فاسقطت ولداً فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضي الله عنه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشار بعضهم ان ليس عليك شيء انما أنت وال ومؤدب فقال علي ان كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وان كانوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديته عليك لانك أفزعتها فألقته فقال عمر أقسمت عليك ان لاتبرح حتى تقسمها على قومك

(مسألة) (وهل يتعاقل أهل الذمة؟ على روايتين)

(احداهما) يتعاقلون قياساً على المسلمين لان قرابتهم تقتضي التوريث فاقتضت التعاقل كالمسلمين ولان دياتهم ديات احرار معصومين فاشبهت ديات المسلمين (والثانية) لا يتعاقلون لان حمل العاقلة ثبت على خلاف الاصل لحرمة قرابة المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم لانهم لا يساوونهم في الحرمة

(مسألة) (ولا يعقل حربي عن ذمي ولا ذمي عن حربي)

لاينبني على فعل غيره ، وان وسعها الطبيب باذنه أو أذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه ، وان وسعها جان آخر في الظاهر دون الباطن أوفي الباطن دون الظاهر فعليه حكومة لان جنايته لم تبلغ الجائفة وان أدخل السكين في الجائفة ثم أخرجها عزر ولا أرش عليه ، وان كان قد خاطها فجاء آخر فقطع الخيوط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد من التعزير الاول الذي قبله وغرمه ثمن الخيوط وأجرة الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لانه لم يجفه وان فعل ذلك بعدالتحامها فعليه أرش الجائفة وثمن الخيوط لانه بالالتحام عاد الى الصحة فصار كالذي لم يجرح ، وان التحم بعضها دون بعض ففتق ماالتحم فعليه أرش جائفة لماذكرنا وان فتق غيرماالتحم عليه فليس عليه أرش الجائفة وحكمه حكم من فعل مثل فعله قبل أن يلتحم منها شيء وان فتق بعض ماالتحم في الظاهر دون الباطن أوالباطن دون الظاهر فعليه حكومة كما لو وسع جرحه كذلك

(فصل) وان جرح فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجاف فيه او جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في الجراح لان الجراح في غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما لو أوضحه في رأسه وجر السكين حتى بلغ القفا فانه يلزمه أرش موضحة وحكومة لجرح القفا

(فصل) فان أدخل حديدة أو خشبة أو يده في دبر انسان فخرق حاجزاً في الباطن فعليه حكومة

لانه لا يرث بعضهم من بعض فلا يعقل بعضهم عن بعض كغير العصبات وفي الميراث احتمال أنهما يتوارثان فيخرج في التعاقل مثل ذلك ولا يعقل يهودي عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لانه لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين مختلفتين ويحتمل ان يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما فان تهود نصراني او تنصر يهودي وقلنا انه يقر عقل عنه عصبته من أهل الدين الذي انتقل اليه وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم؟ على وجهين وان قلنا لا يقر لم يعقل عنه أحد لانه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه احد لانه ليس بمسلم فيعقل عنه المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة فتكون جنايته في ماله وكذلك كل من لا تحمل عاقلته جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لا تحملها العاقلة

(مسئلة) (ومن لا عاقلة له أو لم يكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه ان كان ذميا) لان بيت المال لا يعقل عنه وان كان مسلما ففيه روايتان

(احداها) يؤدى عنه من بيت المال وهو مذهب الزهري والشافعي لان النبي ﷺ ودى الانصاري الذي قتل بخيبر من بيت المال وروي ان رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر يا أمير المؤمنين لا يطل دم امرئ مسلم فأدى ديته من بيت المال ولان المسلمين يرثون من لا وارث

ولا يلزمه أرش جائفة لان الجائفة ماخرقت من الظاهر الى الجوف وهذه بخلافه وكذلك لو أدخل السكين في جائفة انسان فخرق شيئاً في الباطن فليس ذلك بجائفة لما ذكرنا

(مسئلة) قال (فان جرحه في جوفه فخرج من الجانب الاخر فهما جائفتان)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر لا أعلمهم يختلفون في ذلك، وحكي عن بعض أصحاب الشافعي أنه قال هي جائفة واحدة، وحكي أيضا عن أبي حنيفة لان الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن الى الجوف وهذه الثانية انما نفذت من الباطن إلى الظهر

ولنا ماروى سعيد بن المسيب أن رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه فقضى ابو بكر رضي الله عنه بثلثي الدية ولا مخالف له فيكون اجماعا أخرجه سعيد بن منصور في سننه وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قضى في الجائفة اذا نفذت الجوف بأرش جائفتين لانه أنفذه من موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين وماذكروه غير صحيح فان الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف لابكيفية إيصاله إذ لاأثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى ولان ماذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وانما العادة والغالب وقوع الجائفة هكذا فلايعتبر كما أن العادة والغالب حصولها

له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه (والثانية) لايجب ذلك لأن بيت المال فيه حق النساء والصبيان والمجانين والفقراء ومن لاعقل عليه فلا يجب صرفه فيما لا يجب عليهم ولان العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو كعصبة هذا فأما قتيل الانصار فغير لازم لان ذلك قتيل اليهود وبيت المال لايعقل عن الكفار بحال وانما النبي ﷺ تفضل بذلك عليهم وقولهم أنهم يرثونه قلنا ليس صرفه الى بيت المال ميراثا بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لاوارث له من أهل الذمة الى بيت المال ولايرثه المسلمون ثم ان العقل لايجب على الوارث اذا لم يكن عصبة ويجب على العصبة وان لم يكن وارثا فعلى الرواية الاولى اذا لم يكن له عاقلة اديت الدية كلها عنه من بيت المال وان كان له عاقلة لاتحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل يؤدى من بيت المال دفعه واحدة او في ثلاث سنين؟ على وجهين (احدهما) في ثلاث سنين كما يؤخذ من العاقلة (والثاني) يؤدي دفعة واحدة وهو الصحيح لان النبي ﷺ أدي دية الانصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولان الدية بدل متلف لاتؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر ابدال المتلفات وانما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم ولا حاجة الى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدى الجميع

(فصل) فان لم يمكن الاخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا احد قولي الشافعي ولان الدية لزمت العاقلة ابتداء بدليل أنها لايطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم ولاتجب على غير

بالحديد ، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ماذكروه بما لو أدخل يده في جائفة انسان فخرق بطنه من موضع آخر فانه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه وكذلك يخرج فيمن أوضح انسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر فهي موضحتان فان هشمه هاشمة لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ما أشبهه

(فصل) فان أدخل أصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لان ذلك ليس بجوف

«مسئلة» قال (ومن وطيء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية)

معنى الفتق خرق مابين مسلك البول والمني ، وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا أن هذا بعيد لانه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فانه حاجز غليظ قوي والكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في أصل وجوب الضمان (والثاني) في قدره . أما الاول فان الضمان انما يجب بوطء الصغيرة او النحيفة التي لا تحمل الوطء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يجب الضمان في الجميع لانه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية

ولنا انه وطء مستحق فلم يجب ضمان ماتلف به كالبكارة ولانه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ماتلف بسرايته كما لو أذنت في مداواتها بما يفضي الى ذلك وكقطع السارق أو استيفاء

من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فان الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا ان وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد قال شيخنا ويحتمل ان تجب في مال القاتل اذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني للشافعي لعموم قوله تعالى (ودية مسلمة) الى أهله ولان قضية الدليل وجوبها على الجاني جبراً للمحل الذي فوته وانما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فاذا لم يوجد ذلك بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل ولان الامر دائر بين ان يطل دم المقتول وبين ايجاب ديته على المتلف لايجوز الاول لان فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني ولان اهدار الدم المضمون لا نظير له وايجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر وقد قالوا في المرتد تجب الدية في ماله لما لم يكن عاقلة والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهما ثم أسلم أو كان مسلما فارتد أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر الى موالي أبيه ثم أصاب سهمه انساناً فنقول قتيل في دار الاسلام معصوم تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصور وهذا أولى من اهدار دماء الاحرار في غالب الاحوال فانه لايكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولاسبيل الى الاخذ من بيت المال فتضيع الدماء وتفوت حكمة ايجاب الدية قولهم ان الدية تجب على العاقلة عنه ابتداء ممنوع وانما تجب على القاتل ثم تحملها العاقلة وان سلمنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم أما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل ان تعذر حمل جميعها أو باقيها ان حملت العاقلة بعضها

القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا . اذا ثبت هذا فانه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع ارش الجناية ويكون ارش الجناية في ماله إن كان عمداً محضاً وهو أن يعلم انها لاتطيقه وأن وطأه يفضيها ، فأما إن لم يعلم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي اليه فهو عمد الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال ان العاقلة لاتحمل عمد الخطأ فانه يكون في ماله

(الفصل الثاني) في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبهذا قال قتادة وأبو حنيفة، وقال الشافعي تجب الدية كاملة وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز لانه أتلف منفعة الوطء فلزمته الدية كما لو قطع أسكتيها

ولنا ماروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قضى في الافضاء بثلث الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولان هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم انها تمنع الوطء ، وأما قطع الاسكتين فانما أوجب الدية لانه قطع عضوين فيهما نفع وجمال فأشبه قطع الشفتين

(فصل) وان استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي تجب دية وحكومة لانه فوت منفعتين فلزمه ارشهما كما لو فوت كلامه وذوقه

ولنا انه أتلف عضواً واحداً لم يفت غير منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لايصح لانه لو أوجب دية المنفعتين لاوجب ديتين، لان استطلاق

(فصل) ولو رمى ذمي صيداً ثم أسلم ثم أصاب السهم آدميا فقتله لم يعقله المسلمون لانه لم يكن مسلما حال رميه ولا المعاهدون لانه قتل مسلما فتكون الدية في مال الجاني وهكذا الورمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم انسانا لم يعقله احد ولو جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان ارش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة ومازاد على ارش الجرح لايحمله أحد ويكون في مال الجاني لما ذكرنا فان لم يكن ارش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم اذا جرح مسلم ثم ارتد ويحتمل ان تحمل العاقلة الدية كلها في المسلئتين لان الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسئلة الاولى اذا قتله عمداً ويحتمل ان لاتحمل العاقلة شيئا لان الارش انما يستقر باندمال الجرح وسرايته

(فصل) إذا تزوج عبد معتقة فاولدها أولاداً فولاؤهم لمولى امهم فان جنى أحدهم فالعقل على مولى امه لانه عصبته ووارثه فان عتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد لان موالي الام قد زال ولاؤهم عنه قبل قتله وموالي الاب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا ان يكون ارش الجرح مما تحمله العاقلة منفرداً فيخرج فيه مثل ما قلناه في المسئلة التي قبلها

(مسئلة) (ولا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون ثلث الدية ويكون

البول موجب الدية والافضاء عنده موجب الدية منفرداً ولم يقل به وانما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فاننا لانعلم أحداً أوجب في الافضاء حكومة

(فصل) وان اندمل الحاجز وانسد وزال الافضاء لم يجب ثلث الدية ووجبت حكومة لجبر ماحصل من النقص .

(فصل) وان أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لانه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ماأتلف به كسائر الجنايات وهل يلزمه ارش البكارة مع ذلك؟ فيه روايتان (إحداهما) لايلزمه لان أرش البكارة داخل في مهر المثل فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب فالتفاوت بينهما هو عوض ارش البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجة (والثانية) يضمنه لانه محل أتلفه بعدوانه فلزمه ارشه كما لو أتلفه باصبعه ، فأما المطاوعة على الزنا اذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها، وقال الشافعي يضمن لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق فأشبه مالو قطع يدها

ولنا انه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فلم يضمنه كارش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت في قطع يدها فسرى القطع الى نفسها وفارق ما إذا أذنت في وطئها فقطع يدها لأن ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته

(فصل) وأن وطيء امرأة بشبهة فأفضاها فعليه ارش افضائها مع مهر مثلها لان الفعل انما أذن

ذلك في مال الجاني حالا إلا غرة الجنين اذا مات مع امه فان العاقلة تحملها مع دية امه وان ماتا منفردين لم تحملهما العاقلة لنقصهما عن الثلث)

وجملة ذلك ان العاقلة لاتحمل العمد سواء كان مما يجب القصاص فيه اولا يجب ولا خلاف في انها لاتحمل دية مايجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لاقصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لاقصاص فيها فاشبهت جناية الخطأ

ولنا ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « لاتحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » وروي عن ابن عباس موقوفاً ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً فيكون اجماعاً ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجبة للقصاص وجناية الاب على ابنه ولان حمل العاقلة انما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذوراً تخفيفا عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق المواساة ولا التخفيف فلم يوجد فيه المقتضي وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الاب ابنه فانه لاقصاص فيه ولاتحمله العاقلة

(فصل) فان اقتص بحديدة مسمومة فسرى الى النفس ففيه وجهان (أحدهما) تحمله العاقلة لانه ليس بعمد محض أشبه عمد الخطأ (والثاني) لاتحمله لانه قتل بالة يقتل مثلها غالباً فاشبه من له القصاص ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفى عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي لا تحمله العاقلة لانه عمد قتله وقال أبو الخطاب تحمله لانه لم يقصد الجناية ومثل هذا يعد خطأ بدليل ما لو قتل في

فيه اعتقاداً أن المستوفي له هو المستحق فاذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد انه مستحقه فبان انه غيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبوحنيفة يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو ارش افضائها لان الارش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قلع عينا

ولنا ان هذه جناية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والارش يجب لاتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه

(فصل) وان استطلق بول المكرهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع افضائهما فعليه ديتهما والمهر وقال أبوحنيفة في الموطوءة بشبهة لايجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك

﴿مسألة﴾ قال (وفي الضلع بعير وفي الترقوة بعيران)

ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت والترقوة هو العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف ولكل واحد ترقوتان ففيهما أربعة أبعرة في ظاهر قول الخرقي ، وقال القاضي المراد بقول الخرقي الترقوتان معاً وانما اكتفي بلفظ الواحد لادخال الالف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير وهذا قول عمر بن

دار الحرب مسلما يظنه حربيا فانه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولاتحمل العاقلة العبد يعني اذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمداً وهذا قول ابن عباس والشعبي والثوري ومكحول والنخعي والبتي ومالك والليث وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور وقال عطاء والزهري والحكم وحماد وأبو حنيفة تحمله العاقلة لانه ادمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحمات العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه

ولنا حديث ابن عباس ولان الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولانه حيوان لاتحمل العاقلة دية أطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس

(فصل) ولاتحمل الصلح ومعناه ان يدعى عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لانه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه وقال القاضي معناه ان يصالح الاولياء عن دم العمد إلى الدية والتفسير الاول اولى لان هذا عمد يستغني عنه بذكر العمد وممن قال لاتحمل العاقلة الصلح ابن عباس والزهري والشعبي والثوري والليث والشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولانه لو حملته العاقلة ادى إلى ان يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقاً بقوله

الخطاب وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة واسحاق وهو قول للشافعي والمشهور من قوليه عند أصحابه أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق وأبي حنيفة ومالك وابن المنذر لانه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه ارش مقدر كسائر أعضاء البدن ولان التقدير انما يكون بتوقيف أو قياس صحيح وليس في هذا توقيف ولا قياس وروي عن الشعبي ان في الترقوة أربعين ديناراً وقال عمرو بن شعيب في الترقوتين الدية وفي احديهما نصفها لانهما عضوان فيهما جمال ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين.

ولنا قول عمر رضي الله عنه وزيد بن ثابت وما ذكروه ينتقض بالهاشمة فانها كسر عظام باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم إنها لا تختص بجمال ومنفعة فان جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه، وأما قول عمرو بن شعيب فمخالف للاجماع فاننا لا نعلم أحداً قبله ولا بعده وافقه فيه

﴿مسألة﴾ قال (وفي الزند أربعة أبعرة لأنه عظمان)

قال القاضي: يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة لأن فيهما أربعة عظام ففي كل عظم بعير وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي فيه حكومة لما تقدم

(فصل) ولا تحمل الاعتراف وهو ان يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ أو شبه عمد فتجب الدية عليه فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافا وبه قال ابن عباس والشعبي والحسن وعمر بن عبد العزيز والزهري والثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولانه لو وجب عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولانه متهم في ان يواطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه إياها إذا ثبت هذا فانه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول الاكثرين وقال أبو ثور وابن عبد الحكم لا يلزمه شيء ولا يصح إقراره لانه مقر على غيره لا على نفسه ولانه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو أقر على غيره بالقتل

ولنا قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله) ولانه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح إقراره كما لو أقر باتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة ولانه محل مضمون فيضمن إذا اعترف به كسائر المحال وانما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فاذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

(فصل) ولا تحمل العاقلة مادون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء ومالك وإسحاق وعبد العزيز بن أبي سلمة وقال الزهري لا تحمل الثلث أيضاً وقال الثوري وأبو حنيفة تحمل السن والموضحة وما فوقهما لان النبي ﷺ جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل

ولنا ماروى سعيد ثنا هشيم ثنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو بن العاص كتب الى عمر في أحد الزندين إذا كسر فكتب له عمر إن فيه بعيرين ، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الابل ورواه أيضاً من طريق آخر مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة فكان اجماعاً

(فصل) ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر كلام الخرقي وهو قول اكثر أهل العلم وقال القاضي في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة وفي عظم الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة فهذه تسعة عظام فيها مقدر الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وماعداها لا مقدر فيه وقال ابن عقيل وأبو الخطاب وجماعة من اصحاب القاضي في كل واحد من الذراع والعضد بعيران وزاد أبو الخطاب عظم القدم لماروى سليمان بن يسار ان عمر قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير وان كان فيها دحور فبحساب ذلك وهذا الخبر إن صح فهو مخالف لما ذهبوا اليه فلايصلح دليلا عليه والصحيح إن شاء الله أنه لا تقدير في غير الخمسة الضلع والترقوتين والزندين لان التقدير انما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة كلها وانما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففيما عداها يبقى على مقتضى الدليل وما عدا هذه العظام كعظم الظهر وغيره ففيه الحكومة ولا نعلم فيه مخالفاً وإن خالف فيها مخالف فهو قول شاذ لا يستند إلى دليل يعتمد عليه ولايصار اليه

مادون ذلك ولانه ليس فيه ارش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل القليل والكثير لان من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد

ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية ان لاتحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولان مقتضى الاصل وجوب الضمان على الجاني لانه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر الجنايات والمتلفات وانما خولف في الثلث تخفيفاً عن الجاني لكونه كثيراً يجحف به قال النبي ﷺ « الثلث كثير » ففيما دونه يبقى على قضية الاصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري لان النبي ﷺ جعل الثلث كثيراً فاما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع امه من الضربة لكون ديتهما جميعاً موجب جناية تزيد على الثلث وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية ادمي كاملة

(فصل) وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث وهو قول من سمينا في الفصل الذي قبل هذا وحكي عن الشافعي انه قال في القديم لاتحمل ما دون الدية لان ذلك يجرى مجرى ضمان الاموال بدليل أنه لايجب فيه كفارة

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولان الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس ولانه كثير يجب ضمانا لحر اشبه ماذكرنا وما ذكروه يبطل بما إذا جنى على الاطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها

(مسئلة) قال (والشجاج التي لا توقيت فيها أولها الحارصة وهي التي تحرص الجلد)

يعني تشقه قليلا وقال بعضهم هي الحارصة ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم البازلة وهي التي يسيل منها الدم ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة ثم الموضحة، هكذا وقع في النسخ التي وصلت الينا : الحارصة ثم الباضعة ثم البازلة ولعله من غلط الكاتب والصواب الحارصة ثم البازلة ثم الباضعة هكذا رتبها سائر من علمنا قوله من أهل العلم ولان الباضعة التي تشق اللحم بعد الجلد فلا يمكن وجودها قبل البازلة التي يسيل منها الدم وتسمى الدامعة لقلة سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين والتي تشق اللحم بعد الجلد يسيل منها دم كثير في الغالب فكيف يصح جعلها سابقة على ما لا يسيل منها إلا دم يسير كدمع العين؟ ويدل على صحة ماذكرناه أن زيد بن ثابت جعل في البازلة بعيرا وفي الباضعة بعيرين وقول الخرقي والشجاج يعني جراح الرأس والوجه فانه يسمى شجاجا خاصة دون جراح سائر البدن والشجاج المسماة عشر خمس منها أرشها مقدر وقد ذكرناها وخمس لا توقيت فيها قال الاصمعي أولها الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلا يعني تقشر شيئاً يسيراً من الجلد لا يظهر منه دم ومنه حرص القصار الثوب اذا شقه قليلا ثم البازلة وهي التي ينزل منها الدم أي يسيل وتسمى الدامية

(فصل) وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما يبلغ ارشه ثلث دية الرجل كدية أنفها ،فاما ما دون ذلك كدية يدها فلا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لانها دون الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وتحمل غرة الجنين)

إذا مات مع أمه فان العاقلة تحملها مع دية أمه نص عليه لان ديتهما وجبت في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة ولا تحملها ان مات منفرداً أو مات قبل موت امه نص عليه أحمد لانه دون الثلث

﴿ مسئلة ﴾ (وتحمل جناية الخطأ عن الحر إذا بلغت الثلث) وحكي عن الشافعي لا تحمل ما دون الدية وقد ذكرناه وذكرنا دليله

﴿ مسئلة ﴾ (قال أبو بكر ولا تحمل العاقلة شبه العمد ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين)

وهي رواية عن أحمد وبه قال ابن سيرين والزهري والحارث العكلي وابن شبرمة وقتادة وأبو ثور وهي على القاتل في ماله لانها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض، ولانها دية مغلظة فاشبهت دية العمد وهكذا يجب ان يكون مذهب مالك لان شبه العمد عنده من باب العمد (والثانية) تحملها العاقلة ذكرها الخرقي وهي ظاهر المذهب وبه قال الشعبي والنخعي والحكم والشافعي والثوري وإسحاق وأصحاب

أيضاً والدامعة ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولا كثيرا يزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق، ثم السمحاق وهي التي تصل الى قشرة رقيقه فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا، وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسميها أهل المدينة الملطا والملطاة وهي التي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه ، ثم الموضحة وهي التي تقشر تلك الجلدة وتبدي وضح العظم أي بياضه وهي أول الشجاج الموقتة وما قبلها من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحمد وهو قول أكثر الفقها يروى ذلك عن عمر بن عبدالعزيز ومالك والاوزاعي والشافعي واصحاب الرأي وروي عن احمد رواية أخرى ان في الدامية بعيراً وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق اربعة ابعرة لان هذا يروى عن زيد بن ثابت وروي عن علي في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف ارش الموضحة والصحيح الاول لانها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن . وروي عن مكحول قال قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الابل ولم يقض فيما دونها ولانه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف ولا له قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة ، وذكر القاضي انه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة الى جانبها قدرت هذه الجراحة منها، فان كانت بقدر النصف وجب نصف ارش الموضحة

الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداها الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها متفق عليه ، ولانه نوع قتل لايوجب القصاص فوجبت ديته على العاقلة كالخطأ ، ويخالف العمد المحض فانه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وارادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو الاسنان وهو قصده الفعل ويخف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنها تجب مؤجلة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشعبي والنخعي وقتادة وعبيد الله بن عمر ومالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقد حكي عن قوم من الخوارج أنهم قالوا الدية حالة لأنها بدل متلف ولم ينقل الينا ذلك عمن يعد خلافه خلافاً والدية تخالف سائر المتلفات لانها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان اجماعاً

(مسئلة) (وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيحمل كل انسان مايسهل ولا يشق)

وجملة ذلك انه لاخلاف بين أهل العلم في ان العاقلة لاتكلف من المقل مايجحف بها ويشق عليها

إن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الارش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فتوجب ماتخرجه الحكومة ، فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثيها أوجبنا ثلثي ارش الموضحة ، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف أوجبنا النصف فنوجب الاكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لانه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب بها أكثرهما لوجود سببه ، والدليل على ايجاب المقدار أن هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بمقداره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي وهذا لانعلمه مذهباً لأحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ماذكروه فإنه لاتجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكروه نظيرا

(مسئلة) قال (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرا لما وقتت ديته ففيه حكومة)

أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي ﷺ على ارشه وبين قدر ديته كقوله « في الأنف الدية وفي اللسان الدية » وقد ذكرناه ، وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقيساً عليه كالاليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرنا ذلك أيضاً فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسه عليه كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الاعضاء وكسر العظام المذكورة فليس فيه إلا الحكومة

لانه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة ، ولانه لوكان الاجحاف مشروعا كان الجاني أحق به لانه موجب جنايته وجزاء فعله فاذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى ، واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال احمد يحملون على قدر ما يطيقون فعلى هذا لا يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذي وهذا مذهب مالك لان التقدير لايثبت الا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسئلة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات ، وعن أحمد رواية أخرى انه يفرض على الموسر نصف مثقال لانه أقل مايتقدر في الزكاة فكان معتبراً بها ويجب على المتوسط ربع مثقال لان مادون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه بدليل قول عائشة رضي الله عنها لايقطع في الشيء التافه وما دون ربع دينار لاقطع فيه ، وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال أبو حنيفة أكثر ما يحمل على الواحد أربعة دراهم وليس لاقله حد لان ذلك يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة قال ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك ، والصحيح الاول لما ذكرنا من أن التقدير انما يصار اليه بتوقيف فيه وانما يختلف بالغنى والتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالبعد والقرب لذلك

(مسئلة) (واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه فقال بعضهم يتكرر الواجب في الاحوال الثلاثة فيكون الواجب على الغني فيها ديناراً ونصفاً وعلى المتوسط ثلاثة ارباع دينار)

﴿ مسئلة ﴾ قال (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد برأت فما نقصته الجناية فله مثله من الدية كأن قيمته وهو عبد صحيح عشرة وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة فيكون فيه عشر ديته)

هذا الذي ذكره الخرقي رحمه الله في تفسير الحكومة قول أهل العلم كلهم لا نعلم بينهم فيه خلافا وبه قال الشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وغيرهم ، قال ابن المنذر كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى ان معنى قولهم حكومة أن يقال اذا أصيب الانسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا المجروح لو كان عبداً لم يجرح هذا الجرح فاذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ قيل خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وإن قالوا تسعون فعشر الدية ، وإن زاد أو نقص فعلى هذا المثال وإنما كان كذلك لأن جملته مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها كما ان المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن كان ارش عيبه مقدراً من الثمن فيقال كم قيمته لا عيب فيه فقالوا عشرة فيقال كم قيمته وفيه العيب فاذا قيل تسعة علم انه نقص عشر قيمته فيجب أن ترد

لانه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحول كالزكاة وقال بعضهم لا يتكرر لان في الايجاب زيادة على النصف ايجاب الزيادة على أول الزكاة فيكون مضراً ، ويعتبر الغنى والتوسط عند رأس الحول لانه حال الوجوب فاعتبر الحول عنده كالزكاة ، وان اجتمع من العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل انسان على حسب مايراه وان قل ، وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغنى ويعم بذلك جميعهم وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر يخص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير الى الشيء التافه ولانه يشق فربما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه

ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا كالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فلا يصح لان مشقة زيادة الواجب أعظم من الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بخفة الواجب على كل واحد منهم وسهولة الواجب عليهم ، ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فان خصه بالاجتهاد ففيه مشقة عليه وربما لا يحصل له معرفة الاولى منهم بذلك فيتعذر الايجاب وان خصه بالتحكم أفضى الى أنه يتخير بين ان يوجب على انسان شيئاً بشهوته من غير دليل وبين ان لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم وأتهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي شيئا مع التساوي من كل الوجوه

﴿ مسئلة ﴾ (ويبدأ بالاقرب فالاقرب فمتى اتسعت اموال الاقربين لها لم يتجاوزهم والا انتقل الى من يليهم)

من اثمن عشره أي قدر كان ونقدره عبداً ليمكن تقويمه ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت

﴿مسئلة﴾ قال (وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص لا أن تكون الجناية في رأس أو وجه فيكون أسهل مما وقت فيه فلا يجاوز به أرش الموقت)

يعني لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته لوجب أكثر من عشر ديته ولو نقصته اقل من العشر مثل ان نقصته نصف عشر قيمته لوجب نصف عشر ديته إلا إذا شجه دون الموضحة فبلغ ارش الجراح بالحكومة اكثر من ارش الموضحة لم يجب الزائد، فلو جرحه في وجهه سمحاقاً فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الابل ودية الموضحة خمس فههنا يعلم غلط المقوم ، لان الجراحة لو كانت موضحة لم تزد على خمس مع انها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس اولى وهذا قول اكثر اهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك انه يجب ماتخرجه الحكومة كائنا ما كان لانها جراحة لامقدر فيها فوجب فيها ما نقص كما لو كانت في سائر البدن .

وجملة ذلك انه يبدأ في قسمة الدية بين العاقلة بالاقرب فالاقرب فيقسم على الاخوة وبنيهم والاعمام وبنيهم ثم أعمام الاب ثم بنيهم ثم أعمام الجد ثم بنيهم كذلك ابدا حتى اذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصباته ثم على مولى المولى ثم على عصباته الاقرب فالاقرب كالميراث سواء وان قلنا الآباء والابناء من العاقلة بديء بهم لانهم أقرب ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم الى من بعدهم لانه حق يستحق بالتعصيب فقدم الاقرب فالاقرب كالميراث وولاية النكاح ، وهل يقدم من يدلي بالابوين على من يدلي بالاب ؟ على وجهين (أحدهما) يقدم كالميراث وكتقديم الاخ على ابنه (والثاني) يستويان لان ذلك يستفاد بالتعصيب ولا أثر لقرابة الام في التعصيب والاول أولى ان شاء الله تعالى لان قرابة الام تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم وذلك لان القرابتين تنقسم الى ماينفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم اذا كان أخا لام فانه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا منفرداً يرث السدس بالاخوة ويرث بالتعصب ببنوة العم ، وحجب احدى القرابتين لا يؤثر في حجب الاخرى فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ لأم على غيره ، والى مالا تنفرد كل واحدة منهما بحكم كابن العم من أبوين من ابن عم من أب لا تنفرد احدى القرابتين بميراث عن الآخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك أثرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره ، وبما ذكرنا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم لان النبي ﷺ جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة ولنا انه حكم تعلق بالتعصيب فوجب ان يقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لاننا نقسمه على الجماعة اذا لم يف به الاقرب فنحمله على ذلك

ولنا انها بعض الموضحة لانه لو أوضحه لقطع ماقطعته هذه الجراحة ولا يجوز ن يجب في بعض الشيء اكثر مما يجب فيه ، ولان الضرر في الموضحة اكثر والشين اعظم والمحل واحد فاذا لم يزد ارش الموضحة على خمس كان ذلك تنبيها على ان لا يزيد مادونها عليها، واما سائر البدن فما كان فيه موقت كالاعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزاد جرح عظم على ديته مثاله جرح انملة فبلغ أرشها بالحكومة خمسا من الابل فانه يرد الى دية الانملة ، وان جنى عليه في جوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة ومالم يكن كذلك وجب ما أخرجته الحكومة لان المحل مختلف، فان قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه قلنا انما وجبت دية النفس عوضا عن الروح وليست الاطراف بعضها بخلاف مسئلتنا هذا ذكره القاضي ، ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه لقوله الا أن تكون الجناية في رأس او وجه فلا يجاوز به أرش الموقت

(فصل) واذا أخرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش الموضحة اوزيادة عليه فظاهر كلام الخرقي أنه يجب أرش الموضحة ، وقال القاضي يجب أن تنقص عنها شيئا على حسب مايؤدي اليه الاجتهاد وهذا مذهب الشافعي لئلا يجب في بعضها مايجب في جميعها ، ووجه قول الخرقي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة وانما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص او تنبيه النص ففيما لم يزد يجب البقاء على الاصل، ولان ماثبت بالتنبيه يجوز أن يساوي

﴿ مسئلة ﴾ (وان تساوى جماعة في القرب وزع القدر الذي يلزمهم بينهم)

لانهم استووا في القرابة المقتضية للعقل عنه فتساووا في حكمه كسائر الاحكام وقد ذكرنا ذلك في مسئلة وما يحمله كل واحد من العاقله غير مقدر

(فصل) ولا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل الا ان يعلم أنهم من قوم يدخلون كلهم في العقل ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وان كان من قبيلته فلو كان القاتل قرشيا لم يلزم قريشا كلهم التحمل فان قريشا وان كانوا كلهم يرجعون الى أب واحد الا ان قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون الى أب يتميزون به فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبتهم الى الاب الادنى، الا ترى ان الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد لكن ان كان من فخذ يعلم ان جميعهم يتحملون وجب ان يتحمل جميعهم سواء عرف أحدهم أو لم يعرف للعلم بانه متحمل على أي وجه كان وان لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية في بيت المال لان المسلمين يرثونه إذا لم يكن وارث بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال فلذلك يعقلونه على هذا الوجه فان وجد له من يحمل بعض العقل فالباقي في بيت المال لذلك، فان قيل فهذا ينتقض بالذمي الذي لاوارث له فان ميراثه لبيت المال ولا يعقلون عنه، قلنا انما لم يعقلون عنه لوجود المانع وهو اختلاف الدين ولذلك لا يعقله عصباته المسلمون

المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كما أنه لما نص على وجوب فدية الاذى في حق المعذور ولم تلزم زيادتها في حق من لاعذر له ولا يمتنع أن يجب في البعض مايجب في الكل بدليل وجوب دية الاصابع مثل دية اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل مافي جميعه، فان قيل هذا وجب بالتقدير الشرعي لا بالتقويم ، قلنا اذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله بالقياس عليه و الاجتهاد المؤدي اليه ، وفي الجملة فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ثم وان صح ماذكروه فينبغي أن ينقص أدنى ماتحصل به المساواه المحذورة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له والله أعلم

(فصل) ولا يكون التقويم الا بعد برء الجرح لان أرش الجرح المقدر انما يستقر بعد برئه فان لم تنقصه الجناية شيئا بعد البرء مثل ان قطع اصبعا أويداً زائدة او قلع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسنا فلا شيء على الجاني لان الحكومة لاجل جبر النقص ولا نقص ههنا فأشبه مالو لطم وجهه فلم يؤثر ، وان زادته الجناية حسنا فالجاني محسن بجنايته فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثؤلولا و بط خراجا ، ويحتمل ان يضمن قال القاضي نص احمد على هذا لان هذا جزء مضمون فلم يعر عن

﴿ مسئلة ﴾ (وما تحمله العاقلة يجب مؤجلا في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه ان كان دية كاملة)

لاخلاف بين أهل العلم في أن دية الخطأ على العاقلة حكاه ابن المنذر وأنها مؤجلة في ثلاث سنين فان عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفاً واتبعهم أهل العلم على ذلك لانه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالا كالزكاة ويجب في آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبهذا قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ابتداؤها من حين حكم الحاكم لانها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة

ولنا انه مال مؤجل فكان ابتداء اجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ولا نسلم الخلاف فيها فان الخوارج لايعتد بخلافهم

﴿ مسئلة ﴾ (وان كان الواجب ثلث الدية وجب في رأس الحول الأول وان كان نصفها كدية اليد وجب في رأس الحول الأول الثلث وباقيه في رأس الحول الثاني وان كان دية امرأة أو كتابي فكذلك ويحتمل أن يقسم في ثلاث سنين ، وان كان أكثر من دية كالو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره لم يزد في كل حول على الثلث) .

وجملة ذلك أن الواجب إذا كان دية كاملة فانها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الانف والاذنين، وان كان دون الدية نظرنا فان كان الثلث كدية المأمومة وجب في آخر السنة الاولى ولم يجب منه شيء حال لان العاقلة لاتحمل حالا وان كان نصف الدية أو ثلثيها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الاولى

ضمان كما لو أتلف مقدر الارش فازداد به جمالا او لم ينقصه شيئاً ، فعلى هذا يقوم في أقرب الاحوال الى البرء لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب الاحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن قوم عند الوضع لانه أقرب الاحوال التي أمكن تقويمه الى كونه في البطن ، وان لم ينقص في تلك الحال قوم والدم جار لانه لابد من نقص للخوف عليه . ذكره القاضي ولاصحاب الشافعي وجهان كما ذكرنا : وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهاب لحيته وإن أتلف سناً زائدة قوم وليس له سن ولا خلفها اصلية ثم يقوم وقد ذهبت الزائدة ، فان كانت المرأة اذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهاب لحيتها يسيراً وإن قدرناها ابن اربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين لانه اقرب الاحوال الى حال المجني عليه فأشبه تقويم الجرح الذي لاينقص بعد الاندمال فانا نقومه في اقرب احوال النقص الى حال الاندمال، والأول أصح ان شاء الله فان هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبه الضرب ، وتضمين النقص الحاصل حال جريان الدم انما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبه ما لو لطمه فصفر لونه حال اللطمة أو احمر ثم زال ذلك ، وتقدير المرأة رجلا لايصح لأن اللحية زين للرجل وعيب فيها وتقدير مايعيب بما يزين لايصح ،

والباقي في آخر السنة الثانية ، وان كان أكثر من دية مثل ان ذهب سمع انسان وبصره ففي كل سنة ثلث لان الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه اذا زاد على الثلث ،وان كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لان كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه،وان كان الواجب دون ثلث الدية كدية الاصبع لم تحمله العاقلة لانها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالا لانه متلف لا تحمله فكان حالا كالجناية على المال

﴿ مسألة ﴾ (فان كانت الدية ناقصة كدية المرأة والكتابي ففيها وجهان)

(أحدهما) تنقسم في ثلاث سنين بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة (والثاني) يجب منها في العام الاول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لان هذه تنقص عن الدية فلم تنقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب ابي حنيفة والشافعي كالوجهين،فان كانت الدية لاتبلغ ثلث الدية الكاملة كدية المجوسي وهي ثمانمائة درهم ودية الجنين وهي خمس من الابل لم تحمله العاقلة لانه ينقص عن الثلث فأشبه دية السن والموضحة الا أن يقتل الجنين مع أمه فتحمله العاقلة لانها جناية واحدة وتكون دية الام على الوجهين،فان قلنا هي في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الام في العام الاول لانها دية أخرى ويحتمل أن يجب مع باقي دية الام في العام الثاني وان قلنا دية الام في ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أو لا؟على وجهين ،اذا قلنا بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الام لانهما ديتان لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ، ويحتمل أن تجب في ثلاث سنين أخرى لان تلفهما موجب جناية واحدة

وكذلك تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة تكره لا يجوز فان الشيء يقدر بنظيره ويقاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فانما يوجب أدنى ما يمكن ايجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره

(فصل) وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لانه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه ، وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لانه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم وأنف الأخشم وقال الشافعي ليس فيه إلا حكومة لانه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر وقد ذكرنا انه نظير لقطع الاذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بايجاب الدية أولى وإن زال السواد رد ما أخذه لزوال سبب الضمان وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقي وإن صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنه أو غير لونها على ما ذكرنا من التفصيل فيها

« مسئلة » قال (وإن كانت الجناية على العبد مما ليس فيه شيء موقت في الحر ففيه ما نقصه بعد التئام الجرح وإن كان فيما جنى عليه شيء موقت في الحر فهو موقت في العبد ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر وهكذا الأمة)

﴿مسئلة﴾ (وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال وفي القتل من حين الموت وقال القاضي ان لم يسر الجرح الى شيء فحوله من حين القطع)

وجملة ذلك أنه اذا كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء كان قتلا موجباً أو عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فان كان عن جرح اندمل من غير سراية مثل أن قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة من حين القطع لان تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم اندملت وجب نصف دية يهودي وأما ان كان الجرح ساريا مثل أن قطع أصبعه فسرى ذلك الى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لانها اذا سرت فما استقر الارش الا من حين الاندمال هكذا ذكره القاضي وأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب تعتبر المدة من حين الاندمال فيهما لان الارش لا يستقر الا بالاندمال فيهما

﴿مسئلة﴾ (ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد الحول لم يسقط ما عليه)

من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم في هذا خلافا لانه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة وان كان ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط بالموت لانه خرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول ولنا أنه حق تدخله النيابة لا يملك اسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ما قبل الحول لانه لم يجب ولم يستمر الشرط الى حين الوجوب فأما ان كان فقيراً عند القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لانه وجد وقت الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبيا

وجملته ان الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لان الواجب انما وجب جبراً لما فات بالجناية ولا ينجبر إلا بايجاب مانقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجناية على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لان حق المجني عليه قد انجبر فلا يجب له زيادة على مافوته الجاني عليه هذا هو الاصل ولا نعلم فيه خلافا فيما ليس فيه مقدر شرعي فان كان الفائت بالجناية موقتاً في الحر كيده وموضحته ففيه عن احمد روايتان (احداهما) ان فيه أيضاً مانقصه بالغاً مابلغ وذكر ابو الخطاب ان هذا اختيار الخلال ، وروى الميموني عن احمد انه قال انما يأخذ قيمة مانقص منه على قول ابن عباس وروي هـذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لان ضمانه ضمان الاموال فيجب فيه مانقص كالبهائم ولأن ماضمن بالقيمة بالغاً مابلغ ضمن بعضه بما نقص كسائر الاموال ولان مقتضي الدليل ضمان الفائت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه

فبلغ أو مجنونا فأفاق عند الحول وجب عليه لذلك ويحتمل أن لا يجب لانه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر اذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول لم تلزمه الزكاة فيه

﴿ مسألة ﴾ (وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة)

لانه لم يتحقق منه كمال القصد فتحمله العاقلة كشبه العمد ولانه قتل لا يوجب القصاص لاجل العذر فأشبه الخطأ وعنه في الصبي العاقل أن عمده في ماله وهو أحد قولي الشافعي لانه عمد يجوز تأديبه عليه فأشبه القتل من البالغ والاول أولى وما ذكروه ينتقض بشبه العمد والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب كفارة القتل ﴾

من قتل نفساً محرمة خطأ أو ما أجري مجرى الخطأ أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه الكفارة

الاصل في كفارة القتل قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) الآية وأجمع اهل العلم على ان على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً او انثى ويجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل او تسبب الى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور وبهذا قال مالك والشافعي وقال ابو حنيفة لا تجب بالتسبب لانه ليس بقتل ولانه ضمن بدله بغير مباشرة القتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة

ولنا انه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ولانه سبب لاتلاف الآدمي يتعلق به ضمان فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكبا فأوطأ دابته انساناً وقياسهم ينتقض بالاب اذا اكره انسانا على قتل ابنه فان الكفارة تجب عليه من غير مباشرة وفارق العاقلة فانها تحمل من غيرها ولم يصدر منها قتل ولا تسبب اليه وقولهم ليس بقتل ممنوع قال القاضي ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا اخطأنا او تعمدنا وهذا يدل على ان القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لانه وان قصد القتل فهو جار مجرى الخطأ في انه لا يجب به القصاص

في ضمان بقيته بالدية الموقتة ففي العبد يبقى فيهما على مقتضى الدليل ، وظاهر المذهب ان ما كان موقتاً في الحر فهو موقت في العبد ففي يده او عينه او أذنه اوشفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالانف واللسان واليدين والرجلين والعينين والاذنين اوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه روي هذا عن علي رضي الله عنه وروي نحوه عن سعيد بن المسيب وبه قال ابن سيرين وعمر بن العزيز والشافعي والثوري وبه قال ابوحنيفة قال احمد هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون ما أصيب به العبد فهو على مانقص من قيمته ، والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج احمد فيه إلا به دون غيره إلا ان أبا حنيفة والثوري قالا ما أوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني وبين أن لايضمنه شيئاً لئلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل لرجل واحد ، وروي عن اياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمدا أو فقأ عينه هو له وعليه ثمنه .

ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم نعرف له في الصحابه مخالفا ولانه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر . ولان اطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما يوجب في شجاجه مقدر وجب في اطرافه مقدر كالحر .

(مسئلة) (ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وعكرمة والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد ان على المشتركين كفارة واحدة حكاها أبو الخطاب وهو قول أبي ثور وحكي عن الاوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ومن تتناول الواحد والجماعة ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية ، والدية لاتتعدد فكذلك الكفارة وإنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين إذا كان المقتول واحداً ككفارة الصيد الحرمي

ولنا أنها لاتتبعض وهي من موجب قتل الادمي فكملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص وتخالف كفارة الصيد فانها تجب بدلا ولهذا تجب في ابعاضه فكذلك الدية

(مسئلة) (ولو ضرب بطن امرأة فالقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه الكفارة)

تجب الكفارة بالقاء الجنين الميت اذا كان من ضرب بطنها وبه قال الحسن وعطاء والزهري والنخعي والحكم ومالك الشافعي وإسحاق وقال أبو حنيفة لاتجب وقد مضت هذه المسئلة في دية الجنين

(مسئلة) (مسلما كان المقتول أو كافراً حراً أو عبداً)

تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون سواء كان ذمياً أو مستأمنا وبهذا قال أكثر أهل العلم وقال الحسن ومالك لا كفارة فيه لقول الله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) فمفهومه أنه لا كفارة في غير

وعلى ابي حنيفة قول علي ولان هذه الاعضاء فيها مقدر فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الاعضاء ، ولان من ضمنت يده بمقدر ضمنت يداه بمثليه من غير أن يملكه كالحر . وقولهم انه اجتمع البدل والمبدل لواحد ليس بصحيح لان القيمة ههنا بدل العضو وحده ولو كان بدلا عن الجملة لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه وبدل تسع اصابع بدلا عن تسعة اعشاره والامر بخلافه ، والامة مثل العبد في ذلك الا انها تشبه بالحرة واذا بلغت ثلث قيمتها احتمل ان جنايتها ترد الى النصف فيكون في ثلاث اصابع ثلاثة اعشار قيمتها وفي اربعة اصابع خمسها كما ان المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فاذا بلغت الثلث ردت الى النصف والامة امرأة فيكون ارشها من قيمتها كارش الحرة . ويحتمل ان لا يرد الى النصف لان ذلك في الحرة على خلاف الاصل لكون الاصل زيادة الارش بزيادة الجناية وان كلما زاد نقصها أو ضررها زاد في ضمانها فاذا خولف هذا في الحرة بقينا في الامة على وفق الاصل

ولنا قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) والذمي له ميثاق وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب ولانه آدمي مقتول ظلما فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم

﴿مسئلة﴾ (وتجب الكفارة بقتل العبد)

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تجب لانه مضمون بالقيمة اشبه البهيمة

ولنا عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولانه مؤمن فاشبه الحر ويفارق البهائم بذلك

﴿مسئلة﴾ (وسواء كان القاتل كبيراً عاقلا أو صبياً أو مجنونا حراً أو عبداً)

إذا كان القاتل صبياً أو مجنوناً وجبت الكفارة في أموالهما وكذلك الكافر تجب عليه الكفارة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا كفارة على واحد منهم لانها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر كالصوم والصلاة وقياساً على كفارة اليمين

ولنا انه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدية ويفارق الصوم والصلاة فانهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية اشبهت نفقة الاقارب وأما كفارة اليمين فلا تجب على الصبي والمجنون لانها تتعلق بالقول ولا قول لهما وهذه تتعلق بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل مالا يتعلق بالقول بدليل ان العتق يتعلق باحبالهما دون اعتاقهما بقولهما وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة له كالحدود والحر والعبد سواء لدخولهما في عموم الآية

﴿مسئلة﴾ (ويكفر العبد بالصيام لانه) لا مال له وقد ذكرنا كفارة العبد فيما مضى

(فصل) ومن قتل في دار الحرب مسلماً يعتقده كافراً أو رمى الى صف الكفار فاصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة)

(فصل) وإذا جنى على العبد في رأس او وجه دون الموضحة فنقصته ا كثر من ارشها وجب مانقصته ويحتمل ان يرد الى نصف عشر قيمته كالحر اذا زاد ارش شجته التي دون الموضحة على نصف عشر ديته والاول اولى لان هذه جراحة لاموقت فيها فكان الواجب فيهامانقص كما لو كانت في غير رأسه ولان الاصل وجوب مانقص خولف في القدر ففي هذا يبقى على الاصل

« مسئلة » قال (وان كان المقتول خنثى مشكلا ففيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى)

وهذا قول اصحاب الرأي .وقال الشافعي الواجب دية انثى لانها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ولنا انه يحتمل الذكورية والانوثية احتمالا واحداً وقد يئسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين

(فصل) فأما جراحه فما لم يبلغ ثلث الدية ففيه دية جرح الذكر لاستواء الذكر والانثى في ذلك وان زاد على الثلث مثل ان قطع يده ففيه ثلاثة ارباع دية يد الذكر سبعة وثلاثون بعيراً ونصف ويقاد به الذكر والانثى لانهما لايختلفان في القود ويقاد هو بكل واحد منهما

(مسئلة) (فاما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغي والصائل فلا كفارة فيه)

وجملة ذلك ان كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصاً وحدا لانه قتل مأمور به والكفارة لا تجب لمحو المأمور به واما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لانه كقتل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة فلذلك وجبت الكفارة فيها وقال قوم الخطأ محرم لا اثم فيه وقيل ليس بمحرم لان المحرم ما اثم فاعله. وقوله تعالى (وماكان لمؤمن ان يقتل مؤمناً إلا خطأ) هذا استثناء منقطع وإلا في موضع لكن والتقدير لكن قد يقتله خطأ وقيل إلا بمعنى ولا أي ولا خطأ وهذا يبعد لان الخطأ لا يتوجه اليه النهي لعدم امكان التحرز منه وكونه لايدخل تحت الوسع ولانها لو كانت بمعنى ولا لكانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله مايصلح عطفه عليه فاما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه لانهم ليس لهم ايمان ولا امان وانما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً ينتفع بهم وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فاشبهوا من قتله مباح

(فصل) ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجب لان ضمان نفسه لايجب فلم تجب الكفارة به كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم ووجه الاول عموم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ولانه آدمي مؤمن مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقرب إلى الصواب ان شاء الله تعالى فان عامر بن الاكوع قتل نفسه خطأ فلم يأمر النبي ﷺ فيه بكفارة فاما قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) فانما

(مسألة) قال (وإن كان المجني عليه نصفه حر ونصفه عبد فلا قود وعلى الجاني ان كان عمداً نصف دية حر ونصف قيمته وهكذا في جراحه وان كان خطأ فعليه نصف قيمته وعلى عاقلته نصف الدية)

يعني لا قود على قاتله اذا كان نصفه حراً لانه ناقص بالرق فلم يقتل به الحر كما لو كان كله رقيقا وان كان قاتله عبدا قتل به لانه أكمل من الجاني وان كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وان كانت الحرية في القاتل أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما وفي ذلك كله اذا لم يكن القاتل عبداً فعليه نصف دية حر ونصف قيمته اذا كان عمداً لان العاقلة لا تحمل العمد وان كان خطأ ففي ماله نصف قيمته لان العاقلة لا تحمل العبد وعلى عاقلته نصف الدية لانها دية حر في الخطأ والعاقلة تحمل ذلك. وهكذا الحكم في جراحه اذا كان قدر الدية من ارشها يبلغ ثلث الدية مثل ان يقطع انفه او يديه وان قطع احدى يديه فعقل جميعها على الجاني في ماله لان عليه نصف دية اليد وهو ربع ديته لاجل حرية نصفه وذلك دون ثلث الدية وعليه ربع قيمته

أريد بها إذا قتل غيره بدليل قوله (ودية مسلمة إلى أهله) وقاتل نفسه لا تجب فيه دية بدليل قتل عامر بن الاكوع

(مسألة) (وفي العمد وشبهه روايتان (إحداهما) لا كفارة فيه اختارها أبو بكر والقاضي والاخرى فيه الكفارة)

المشهور في المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال مالك والثوري ومالك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وعن احمد رواية أخرى تجب فيه الكفارة وحكي ذلك عن الزهري وهو قول الشافعي لما روى واثلة بن الاسقع قال اتينا النبي ﷺ بصاحب لنا قد اوجب بالقتل فقال « اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار » ولأنها إذا وجبت في قتل الخطأ ففي العمد اولى لانه أعظم جرما وحاجته إلى تكفير ذنبه أعظم

ولنا مفهوم قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) ثم ذكر قتل العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه وروي ان سويد بن الصامت قتل رجلا فاوجب النبي ﷺ القود ولم يوجب كفارة وعمرو بن امية الضمري قتل رجلين كانا في عهد النبي ﷺ فوداهما النبي ﷺ ولم يأمره بكفارة ولانه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن وحديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل ويحتمل أنه كان شبه عمد ويحتمل أنه أمرهم بالاعتاق تبرعا ولذلك أمر غير القاتل بالاعتاق وما ذكروه من المعنى لا يصح لانها وجبت في الخطأ لتمحو إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك ايجابها في موضع عظم الاثم فيه بحيث لا يرتفع بها.

إذا ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر لان هذا من أنواع العمد

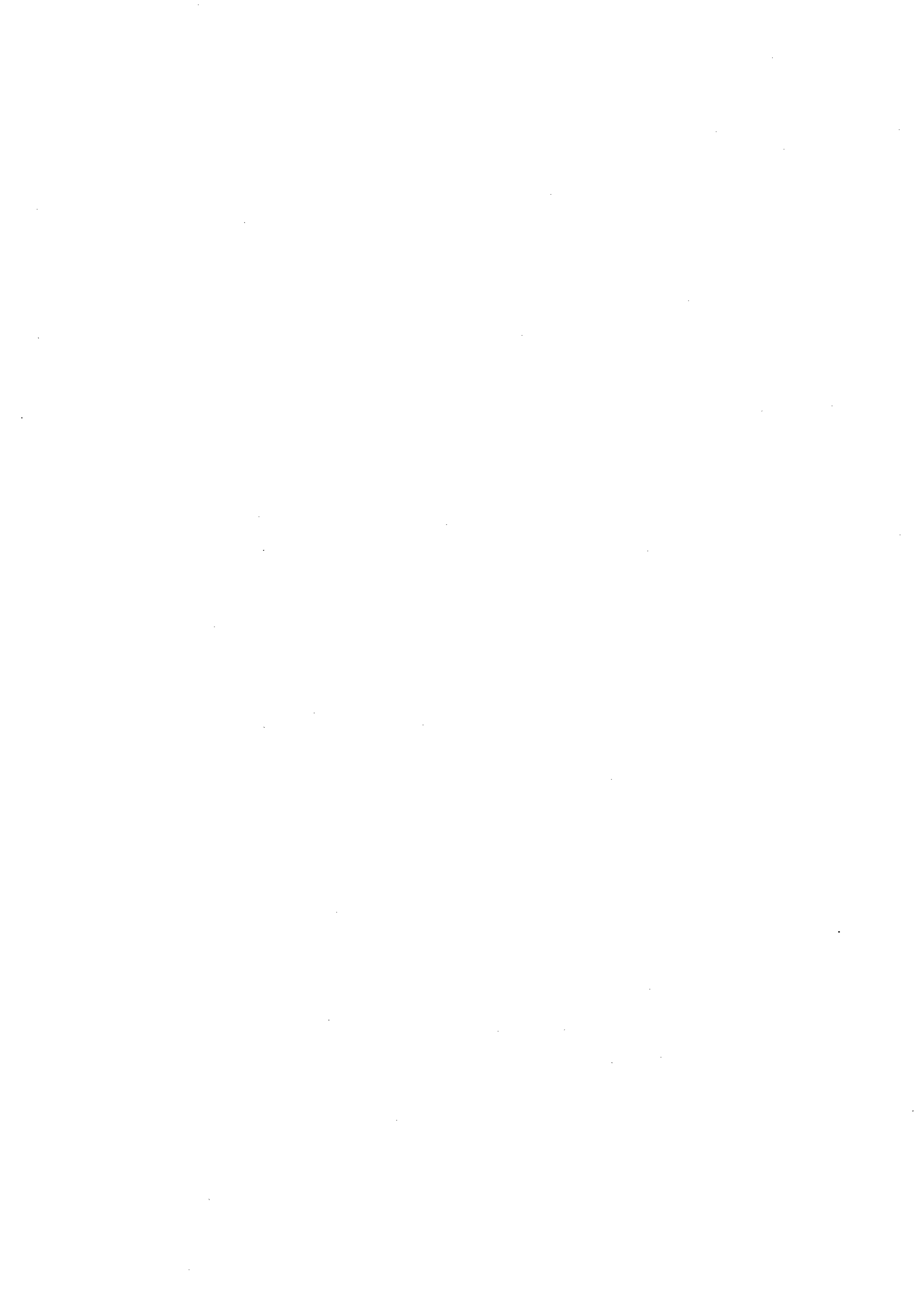
(فصل) ودية الاعضاء كدية النفس فان كان الواجب من الذهب أوالورق لم يختلف بعمد لا خطأ وان كان من الابل ، جب في العمد أرباعا على إحدى الروايتين وفي الاخرى يجب خمس وعشر منها حقاق وخمس وعشر جذاع وخمساها خلفات وفي الخطأ يجب اخماساً فان لم يمكن مثل ان يوضحه عمداً فانه يجب اربعة ارباعا والخامس من احد الاجناس الاربعة قيمته ربع قيمة الاربع وان قلنا بالرواية الاخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة وبعير قيمته نصف قيمة حقة و نصف قيمة جذعة . وان كان خطأ وجب الخمس من الاجناس الخمسة من كل جنس بعير وان كان الواجب دية انملة وقلنا يجب من ثلاثة اجناس وجب بعير وثلث من الخلفات وحقة وجذعة . وان قلنا ارباعا وجب ثلاثة وثلث قيمتها نصف قيمة الاربعة وثلثها وان كان خطأ فقيمتها ثلثا قيمة الخمس وعند اصحابنا قيمة كل بعير مائه وعشرون درهماً او عشرة دنانير ولا فائدة في تعيين اسنانها فان اختلفت قيمة الدنانير والدراهم مثل ان كانت العشرة دنانير تساوي مائة درهم فقياس قولهم انه اذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجني عليه قبوله لانه لو جاءه بالدنانير لزمه قبولها فيلزمه قبول ما يساويها والله اعلم

(فصل) فاما شبه العمد فقال شيخنا تجب فيه الكفارة ولم أعلم لاصحابنا فيه قولا لكن مقتضى الدليل ماذكرناه لانه اجري مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة ولان القاتل انما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء اصلا ولم يرد الشرع بهذا وقد ذكر في الكتاب المشروح رواية أنه كالعمد لان ديته مغلظة وهي اختيار أبي بكر لان عنده ان الدية فيه يحملها القاتل فقد أشبه العمد في ذلك فكان حكمه حكمه

(فصل) وكفارة القتل عتق رقبة مؤمنة بنص القرآن سواء كان القاتل أو المقتول مسلماً أو كافراً فان لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها فاضلا عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضاً فان لم يستطع ففيه روايتان (إحداهما) يثبت الصيام في ذمته ولايجب شيء آخر لان الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره (والثانية) يجب إطعام ستين مسكيناً عند العجز عن الصوم ككفارة الظهار والفطر في رمضان وان لم يكن مذكوراً في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه فعلى هذه الرواية ان عجز عن الاطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه وللشافعي في هذا قولان كالروايتين والله اعلم

تم بحمد الله وعونه الجزء التاسع من كتابي المغني والشرح الكبير

ويليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء العاشر منهما وأوله (باب القسامة)



فهرس الجزء التاسع من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

﴿تم الفهرس ويليه الخطأ والصواب﴾